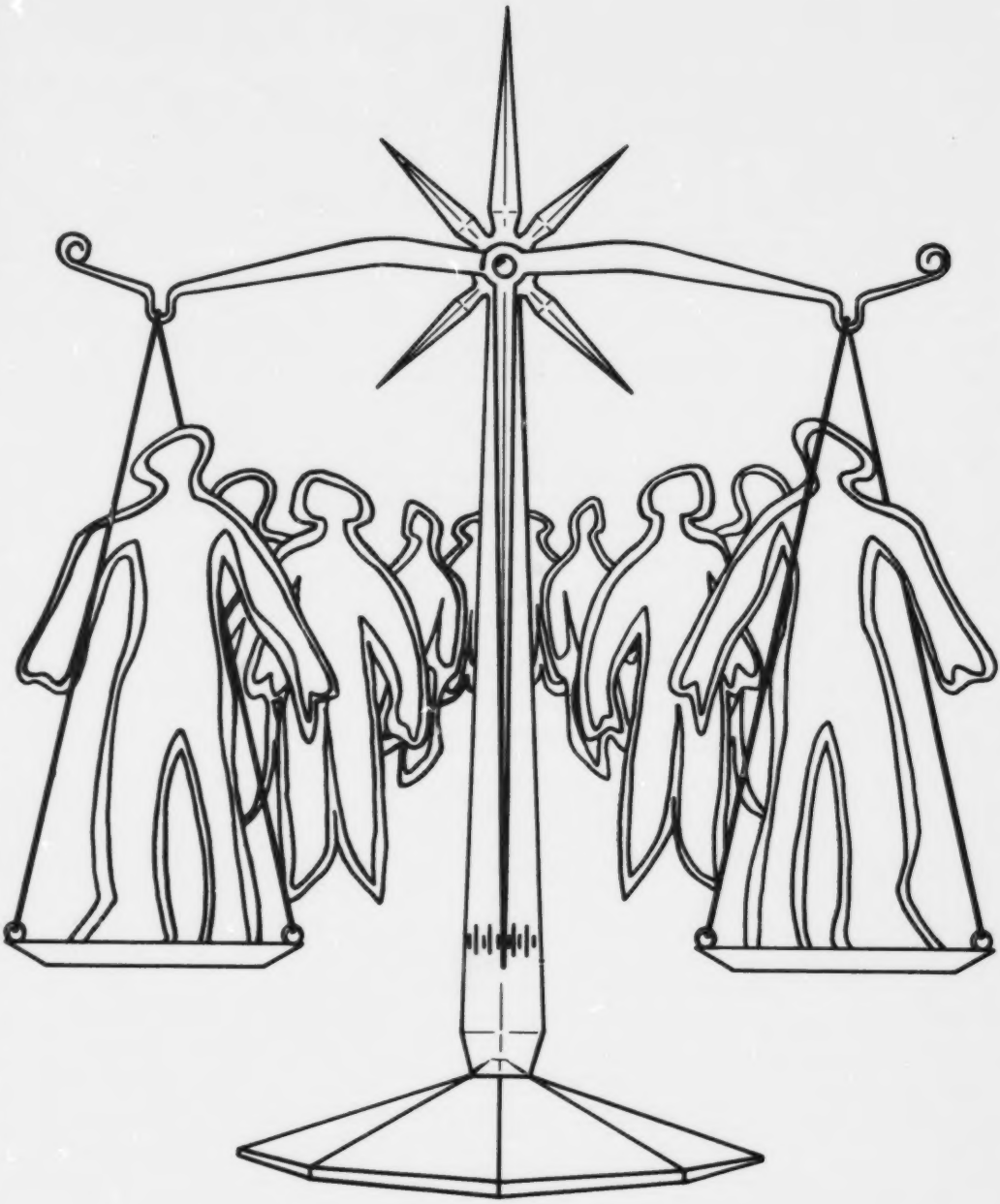
Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

REPORT

FAMILY LAW



Laws and institutions. . . like clocks, must be occasionally cleaned and wound up, and set to true time

BEECHER

© Crown Copyrights reserved
Available by mail from Information Canada, Ottawa, K1A 0S9
and at the following Information Canada bookshops:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Price: Canada: $3.50
Other Countries: $4.20

Catalogue No. J31-20/1976

Price subject to change without notice

Information Canada
Ottawa, 1976

Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

March 1976

The Honourable S. R. Basford,
Minister of Justice,
Ottawa, Ontario

Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of Section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith the report with our recommendations on the studies undertaken by the Commission in the area of family law.

Yours respectfully,

E. Patrick Hartt
Chairman

Antonio Lamer
Vice-Chairman

J. W. Mohr
Commissioner

G. V. La Forest
Commissioner

REPORT

ON

FAMILY LAW

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, Commissioner
Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté

Research Consultant

Edward Ryan

Other Members of Project Staff

François Chrétien
Ronald Fritz
Barbara Hough
Leslie Katz
Murray Fraser
Julien Payne
Hugh Silverman

Table of Contents

	PAGE
Introduction	1
1. The Unified Family Court	7
Recommendations	11
2. Dissolution of Marriage	13
Recommendations	29
3. Economic Readjustment on Dissolution of Marriage	35
Recommendations	41
4. Children and the Dissolution of Marriage	45
Recommendations	63
5. Conclusions	69

Introduction

Although Canadians have always considered it self-evident that the family has a special and central place in our society, there have in fact been only a few occasions when the legal basis of the family and the legal relationship of its members have received official attention over the past century. Changes we have experienced socially, as well as changes in the composition, structure, expectations and thwarted hopes of families and their members have at best led to palliative accommodations by the law to social pressures, such as making divorce generally available, but hardly to a re-examination of the image of the family the law reflects. This image may by now be so far removed from reality that the law and its institutions may weaken rather than strengthen family life, especially in crisis situations.

Families are not primarily legal institutions. In fact, in the ordinary course of family life nothing is more remote than the use of the law for dealing with personal, economic or other needs. Not so in crisis situations, when the network of relations and understandings breaks down and personal and community resources are no longer able to relieve pressures. It is at these points that the law is seriously considered as an instrument for ordering family relationships and it is also at these points that the law and its institutions show their strengths and weaknesses.

That there are weaknesses was brought forcefully to our attention when, for the purpose of developing our first research program, we inquired into areas of public dissatisfaction. Although the Com-

mission was largely oriented towards criminal law, there was a strong response stressing family law problems. Even though the divorce law had recently been revised and consolidated in the 1968 *Divorce Act*, a great deal of concern was expressed about the divorce process and its aftermath in terms of maintenance, property settlements and the way it dealt with children. Dissatisfaction was expressed not only by those who were or had been involved in the process, but also by agencies and professions working with families in trouble—including the legal profession.

In beginning our work it became obvious rather quickly that there were serious jurisdictional problems. The constitutional division of powers fragmented not just legislative provisions but the entire legal process for dealing with family instability. We were fortunate that various provincial law reform bodies had already started work in this area and a fruitful exchange became possible with most of them.

There is now a large measure of agreement that family problems cannot be neatly divided into federal and provincial concerns. Our first Working Paper on the unified Family Court, following our approach of defining problems in a functional rather than in a classical legal sense, clearly transcended jurisdictional boundaries. It was gratifying to see that although a number of jurisdictional problems remain to be worked out, no one has made exclusive claim to jurisdiction. A new concept in courts—courts with jurisdiction over all significant family matters and oriented towards a resolution of family problems through arbitration and conciliation rather than a pure adversary process—was clearly needed. Although the precise place of such a court in a judicial system may vary from province to province, its purpose, nature and function is no longer in question.

With respect to jurisdiction, it is reasonable that a federal law reform organization should concentrate on the federal law of divorce. But it is one thing to put divorce into a tidy constitutional category of federal law, and something else again to keep it there. A law *is* what it *does*. Most of what the divorce law does, in concrete reality, is anchored in issues of child welfare, property and support which, in almost all contexts other than divorce, are provincial concerns. It would be rather sterile to limit the reform approach to a consideration of grounds for divorce as if they could

somehow be isolated from their consequences. We have instead taken another approach, proposing that the process for dissolution of marriage should be structured on the basis of social and economic consequences. The more important the issue—such as cases where young children are involved—the more time and resources should be brought to bear to keep families together, or where this is not possible, to diminish the harm that is invariably involved. Legal concentration on grounds for divorce, such as fault, clearly reinforces the adversary and accusatory elements of a crisis situation. Anybody who lives in a family or any other close relationship knows that this is no basis for arriving at a mutual understanding. Yet such understanding is essential to any constructive solution, and ought to be a primary goal of legal policy. Even separation as a condition of divorce stresses division.

There is a legitimate concern about fast and easy divorce, often expressed as "divorce on demand". It is easily overlooked however, that what we have now is divorce on demand when, in one way or another, the legal grounds, which may have little or nothing to do with the actual problems facing the spouses, are fulfilled. Most divorces are uncontested but many are based on a bargaining process, often harmful and expensive, that not only shatters the family but also its individual members. The fact that divorce is a painful process does not foster family stability in Canada. It only fosters pain.

The present legal framework for dealing with questions of property and the maintenance of a needy spouse simply does not accord with social reality today. Traditionally, for example, the law has not considered the work of the homemaker as a contribution to, or as having anything to do with the acquisition of property in marriage; equally it did not foresee that women could be independent and responsible for their own lives. Whether the changes in the position of men and women in society and their relation to each other are good or bad is a matter for partisan discussions. That the situation is different there can be no doubt, and this difference must find its expression in the law. There is an evolution in this area at this time, if not a revolution. The law therefore cannot be fixed but must have room to evolve creatively, allowing men and women to define their own roles within marriage, supporting rather than confining individual choices.

The position of children is even more difficult. Although protected by a system of obligations, they have never had independent legal claims. They have no standing to make their voices heard in a system that allows one parent to deprive them of the other because of an instance of adultery. We do not suggest that they should have such a right, but neither do we suggest the retention of such a system. What we should have is a process that tries to get to the reality of why one parent would seriously consider doing this in the first place—a process in which children are heard, in which their interests are always important and at times dominant, and one in which children do not serve as bargaining counters or as objects to be kept and used. Many parents involved in a marriage breakdown cannot see beyond their own needs. The process for dissolution of marriage must compensate for this. It is also important for children to understand, as best they can (and this is often a great deal better than we assume), what the situation is and what their parents are facing. A new approach to the problems of children when a marriage breaks down is essential.

The main thrust of this report, therefore, is on the change of perceptions of family relationships and a change of the means for resolution of family problems. First, we need courts that are capable of assisting constructively in such resolutions. Second, we need a legal framework that recognizes present day conditions in dealing with the responsibilities and expectations of members of today's family. Third, we need a new legal process for dealing with the family in crisis that abandons concepts received from the past that have become artificial and destructive in the context of present family life in Canada. This process should also give us a better understanding of what divides families and what is needed to preserve their stability—something that should be, although it is not now, an effective function of law.

Although this report is directed to the Parliament of Canada, there is no question that any change must be made in close cooperation with the provinces, if it is not to lead to further fragmentation. Various provinces have already made advances in this area and others are in the process of preparing for significant changes. The Government of Canada has also made some beginnings but further steps are necessary if the present ferment of study, exploration and experimentation is to be fruitful.

Beyond the issues of family courts and dissolution of marriage, and the change of philosophy that the proposals on these matters imply, marriage, taxation, pension rights and many other areas have to be considered in developing a coherent legal policy for the family. We hope this report is only a beginning of a process of fashioning such a policy for Canada.

1. The Unified Family Court

1.1 This report proposes a new legal approach to the economic, emotional and behavioural problems arising within the family. The changes in substantive law and procedure proposed in succeeding chapters, taken in their entirety, comprise a new philosophy of family law. This philosophy can more effectively reach its social goals if it is given expression and direction in a system of unified Family Courts—new sorts of courts with new procedures and approaches to family problems in which all significant jurisdiction over family law matters is consolidated.

1.2 The social goals to which we refer are those of preserving and strengthening Canadian families where possible and providing humane and constructive solutions in situations where this cannot be done. These goals are difficult to reconcile with the procedures, structure and governing concepts of the ordinary courts, which are oriented towards a "winner-loser" outcome. Such outcomes neither reflect the true nature of many significant problems in family relationships nor represent in many cases the most appropriate results the law should seek.

1.3 At present the legal problems of the family are dealt with in as many as four or five different courts in a single province. Marriage breakdown raises a number of legal issues, each of which is capable of being resolved in one or another of the various traditional courts. No single court exists to deal with these issues, let alone the basic human difficulties that are at their root. The Family

Court we propose is necessary not only to avoid legal fragmentation of family problems among several courts but also to provide a single legal institution specifically designed to deal with the family as an organic whole.

1.4 A unified Family Court would have a purely judicial aspect where final decisions on legal rights and obligations are involved. But such decisions are only necessary where differences are irreconcilable. Married people with serious family difficulties should have—and do not now have—viable alternatives provided by the legal system for avoiding the adversary process. This means access by spouses to a court that is capable of dealing with social problems without requiring their translation into legal issues before anything can be done about them. The unified Family Court is a new concept in courts, offering a broad spectrum of dispute-resolution techniques and having at its disposal a wide range of solutions. These things are not now available to persons whose family problems have been brought into the legal system. The institutional emphasis of the court should be on the services it makes available to help persons find, if at all possible, consensual solutions to family difficulties rather than on its judicial functions.

1.5 The unified Family Court should be a court with the widest possible family law jurisdiction. This jurisdiction should include dissolution of marriage, interspousal property matters, maintenance of dependants during marriage, matters dealing with children and other salient economic and social issues arising in a family context for which legal solutions must ultimately be provided. There is no single answer for the whole country as to whether unified Family Courts should be a branch of an existing superior court or a new and independent court. This must be determined on a province-by-province basis. We propose that a federal commitment be made to the principle of the unified Family Court so that the provinces can take this into account in planning for future changes in court systems. This should be done as soon as possible, since several provinces have already undertaken court restructuring programs.

1.6 Superior court judges must, under the Constitution, be appointed by federal authority. We are, therefore, mindful of the fact that the creation of a superior court for family law matters

may give rise to jurisdictional problems, for the provinces have up to now exercised the power of appointing judges to hear certain family law matters. This will no longer be possible after the creation of a superior court with comprehensive family law jurisdiction. This problem should not, however, be permitted to impede what appears to be the best approach to the creation of the most effective form of family court. Steps should therefore be taken to resolve the problem, which is essentially a political, not a constitutional one. Consequently, the Federal Government should initiate consultations with the provinces on the matter when it makes its commitment to the concept of the unified Family Court.

1.7 The main alternative to a superior court is a "two-tiered" family court with a provincially appointed judge to hear all matters for which a province can appoint a judge, and a federally appointed judge to hear the rest. Apart from the fact that this adds millions of dollars of extra costs for paying two sets of judges where one would do, there is evidence indicating that the two-tiered system is not as satisfactory as a single-judge court. The British Columbia Royal Commission on Family and Children's Law has established a form of two-tiered court and, after analysing the effectiveness of such courts, has recommended the creation of a unified Family Court with one judge who would be federally appointed. We have also conducted a joint study with the Ministry of the Solicitor General of Canada on unified Family Courts and, after careful consideration conclude that they should be presided over by one federally-appointed judge. This is clearly a matter where the public interest in an effective and properly organized family court requires intergovernmental cooperation to obtain the best possible court structure.

1.8 A unified Family Court will require a sufficient number of properly qualified support staff members. This social arm of the court is a matter of provincial responsibility. It is this service function, not the judicial function that will be the primary contribution of the unified Family Court, enabling it to provide viable alternatives to reliance on judicial solutions for family difficulties. The purpose of the support services is to preserve and strengthen the family where possible and where not, to attempt to establish a decent and workable basis for necessary interspousal trans-

actions affecting children or dealing with property and finances on separation or dissolution of marriage.

1.9 The unified Family Court would make counselling and conciliation services available not only to spouses in the process of dissolution of marriage but also, and more importantly, to married people who seek to avoid that result. Its responsibility would include not just separation and dissolution of marriage, but the ability to function as a human and community resource with respect to all family problems. The creation of these courts would not mean the creation of entirely new facilities staffed by new personnel. Many of the services required for unified Family Courts already exist and are functioning in government and community programs and in existing courts with family law jurisdiction. The change-over should be one of consolidation rather than duplication, rationalizing the delivery of services through utilization of the unified Family Court as their focal point. Whether they are located in the court or in the community is more a matter of cost and convenience than anything else. What is necessary is that appropriate support services be made available to the court, and where appropriate, responsible to it.

1.10 This court will require funding to discharge various functions and responsibilities that are not included in present budgeting concepts of the ordinary courts. Although, as we indicated, a substantial proportion of the services for the unified Family Court are now publicly funded and could be brought within the operational scope of the court without additional costs, some will also have to be established. Its success is a matter of national as well as provincial concern, and the assumption of any new costs should not be left to the provinces alone.

1.11 Unified Family Courts can be expected to come into being and assume jurisdiction under the *Divorce Act* (or its replacement) in different provinces at different times. Being family rather than divorce courts means that the structure and requirements of the courts in one province may be unlike those in another, based on the requirements of each province for dealing with its particular family law matters and family programs. Varying support staff models and programs may be employed, allowing some

provinces to develop new approaches to deal with young offenders, or to divert some family-related criminal law matters from the criminal courts to the unified Family Court. The present rules respecting qualification for federal appointment to a superior court may not be applicable in all cases, particularly with respect to the re-appointment of some present Family Court judges who have experience and proven skills in family matters, but who may not meet all federal criteria. Individual amendments of various federal statutes for each province may be called for by the circumstances surrounding the creation and operation of these courts. All of this will require that Parliament adopt a flexible and supportive response to the particular needs and institutional requirements of the unified Family Court in each province.

1.12 A form of unified Family Court has recently been established in Prince Edward Island, and most of the other provinces have planned or have in operation unified Family Court pilot projects. An interdepartmental committee of the Federal Government is actively engaged with many provinces in working out problems of planning and assisting with funding. These efforts should be continued as high priority matters in order that unified Family Courts come into being at the earliest possible date in every province and territory.

Recommendations

The Commission recommends that:

1. A commitment should be given by the Minister of Justice to the principle of the unified Family Court so that the future existence of these courts can be taken into account by the provinces in devising their plans for changes in court systems.

2. Immediate steps should be taken by the provincial Attorneys General and the Minister of Justice to create in every province a superior court, presided over by a federally-appointed judge, with comprehensive jurisdiction over all family law matters. The court should have a social as well as a legal arm, offering a broad range of dispute-resolution techniques for family problems.

3. The Federal Government should initiate consultations with the provinces on the problems involved in the selection and appointment of judges to the unified Family Courts, including the question of re-appointment of provincially-appointed judges now sitting in family matters.

4. The Federal Government should assume responsibility for a reasonable proportion of costs for any new services made necessary by the creation and maintenance of unified Family Courts.

5. Parliament should adopt a flexible and supportive legislative response to the particular needs and institutional requirements of the unified Family Court in each province.

2. Dissolution of Marriage

2.1 The Canadian law of divorce is based on English law, our 1968 *Divorce Act* being largely derived from the English Matrimonial Causes Act of 1857. The 1968 Act created several new grounds for divorce including separation for a period of three to five years. This constitutes a fundamental departure from old concepts. It allows almost anyone who wants to obtain a divorce to do so, thereby conferring on every married person significant powers of individual control on whether he or she is to remain married. Apart from this, however, the 1968 Act retains most of the essential philosophy, together with the social and behavioural assumptions, of its Victorian predecessor.

2.2 The *Divorce Act* provides that a marriage may be ended on the basis of a "matrimonial offence". Adultery and cruelty are the fault grounds commonly used. "Matrimonial fault" is an ecclesiastical concept adopted by the Matrimonial Causes Act, which provided an answer, based on society as it existed in England a century and a quarter ago, to the question "for what reasons and on what terms ought the law to allow a spouse to end a marriage?" This may have been an adequate answer for nineteenth century England, but the status of marriage in Canada today is significantly different.

2.3 By virtue of marriage the law of 1857 granted a husband rights to his wife's property and income. A wife on the other hand had minimal support for life, and, unless revoked by her husband, the privilege of obtaining goods suitable to their station and rank.

In the Victorian lawmakers' view, the economic interests flowing from marriage should be dealt with in much the same way that the law dealt with other significant economic interests: they should only be taken away for specific cause based on fault. The husband's rights were, however, eroded by developments in equity and early feminist activity and were eventually removed by legislation—a process that was completed in Canada about half a century ago.

2.4 The concept that marriage, rather than full socio-economic opportunity, was the appropriate way for society to meet the economic needs of women, has been discredited as a legal policy by the 1968 divorce reforms and by parallel developments in law reform approaches in the provinces. The central legal rationale for adopting the fault grounds for divorce has therefore disappeared, and yet the "fault culture", solidly entrenched in legal doctrine, precedent and practice, continues to dominate the dissolution of marriages. Retaining fault grounds for dissolution of marriage leaves us with almost insurmountable obstacles to the development of an appropriate legal policy for the family.

2.5 A marriage is a profoundly complex and subtle thing—a continuing series of interrelated transactions extending through time and changing circumstances. In its search to attach the blame, the law fixes on a handful of occurrences that are overt, while the events of real significance to the success or failure of a marriage almost invariably remain hidden in the psychological interaction between the spouses. Continued reliance on the idea that someone can or ought to be labelled as being "at fault" for the disintegration of the personal relationship of a husband and wife will accomplish nothing more than ensuring that law and reality continue to shout their contradictions across a vacuum.

2.6 The *Divorce Act* now provides one non-fault ground for ending a marriage. This is generally termed the "marriage breakdown" ground, since it usually involves the failure of the personal relationship between the spouses, although it is also used in a handful of cases involving *de facto* separation by reason of imprisonment or disappearance of a spouse, non-consummation, or gross addiction to narcotics or alcohol. It contains some fault elements. Divorce based on separation only is available after a period of living separate and apart—three years if the divorce is sought by the

"innocent" (*i.e.* deserted) spouse and five years if sought by the "guilty" (deserting) spouse. The *Divorce Act* does not use the method considered reliable for establishing facts in other situations known to law—sworn testimony—to prove that the marriage has broken down. Rather, the requisite assurance of breakdown is provided by requiring estranged spouses to surrender a significant amount of an adult lifetime to a failed personal relationship. About forty per cent of all divorces are now based on this ground.

2.7 The requirement that the spouses separate seriously limits the availability of this ground for wives. Most are dependent and simply do not have the resources or mobility to leave their homes even though they may find the situation intolerable. In most provinces, if a wife leaves her husband (unless she is driven out by his matrimonial offences), she can no longer look to him for maintenance, even though her inability to provide for herself almost invariably results from her assumption of a financially disabling role within the marriage. The concept of an assured right to maintenance on a temporary basis for rehabilitative assistance does not exist under laws designed to regulate conduct rather than to meet needs. The property laws of most provinces similarly ensure that a dependent wife will have nothing with which to furnish a new home for herself or herself and her children—the household goods and other property belong to the wage-earning spouse. Thus the ability to initiate a separation, like the economic structure of marriage, is sexually determined. A wife who does leave faces serious financial obstacles that do not apply to husbands while she waits out five years for a divorce.

2.8 It is reasonable for the law to do what it can to ensure that spouses are certain that the marriage ought to be terminated. In our view, this could more accurately and humanely be accomplished by such innovations as the provision of effective Family Court counselling facilities to fully ventilate marital problems than by requiring husbands and wives to isolate themselves from each other for an extended period of time. Except for a 90-day trial period for reconciliation, the law requires that separated spouses stop all normal social and family contacts or divorce on marriage breakdown grounds will be denied. It is significantly more likely that divorce will ensue when married persons with family problems are separated

than when they remain together. The present marriage breakdown rules tend to guarantee the outcome the law ostensibly seeks to prevent.

2.9 The philosophy and practice of the law in dealing with the family in difficulty is conducive to and reinforces the assumption of an accusatory and adversary stance by each spouse. The traditional way to avoid the grave economic and personal injuries that can be suffered under the divorce law has been to inflict them on the other spouse. The law provides efficient adversarial weapons with which to do this, as well as to use the occasion of divorce to gain revenge or reparations for such things as rejection, accumulated hostility and disappointed expectations. The limitations created by the adversary relationship prevent the state from taking any constructive or positive approach to husbands and wives with serious marital problems. Marriage, as the major institutional foundation of our society, is primarily supported by laws and legal policies that emphasize the triumph and vindication of one spouse rather than the reconciliation of both. This impairs the ability of the legal system to deal with family breakdown as a continuum in which there could be, with timely and appropriate assistance and adjustment, viable intermediate alternatives for family survival and renewal. The legal system should provide a means to preserve families as well as to dissolve marriages.

2.10 The adversary system, however, is inherently inconsistent with the harmonious resolution of family disputes. It should not be made available, as it is now, as an extension of the destructive capacity of spouses who disagree over their personal relationship. The policy of the law and its institutions should be to help spouses in trouble to reach mutual understanding and sympathy for each other's point of view and feelings and, where divorce becomes unavoidable, to promote fair and constructive arrangements respecting finances, property and children. The legal approach to the family in difficulty should be humane and where possible, healing. Instead, it is one of Canada's great self-inflicted wounds.

2.11 We share the concerns sometimes expressed about the possibility of frivolous or hasty divorce, but the law for the many should not be dictated by the failings of the few. Most persons have a deep-seated interest in establishing and maintaining a structured,

permanent family relationship. This will continue to be the fundamental element of family stability regardless of the content of the laws governing dissolution of marriage. Beyond giving scope for the operation of realistic measures designed to support or help re-establish family stability—something the present law does not conceive to be within its province—the law can only ensure that ending a marriage is a solemn and considered step.

2.12 It is not just important but vital to society that spouses with family problems do their best to work them out. The present law, unfortunately, does nothing in this regard beyond the negative coercion provided by a punitive divorce process. It also tends to cause people to avoid admitting to themselves that they have problems and facing them, until it is too late. Given the importance of maintaining the stability of the family, we suggest that there are alternatives that are clearly superior to the present law for realizing this object at a far lower social and individual cost. We also suggest that this interest not be satisfied at the expense of another of equal importance: the public interest in the individual lives of those spouses, parents and children unfortunate enough to be members of a family that disintegrates. Both these interests deserve to be secured and advanced. This cannot be accomplished without substantial changes in the law dealing with dissolution of marriage.

2.13 The essential elements of a viable marital relationship between a husband and a wife are not defined, created, regulated or preserved by law. We refer to such things as trust, cooperation, affection, tolerance, respect, emotional support, psychological stability, sexuality and generosity. The laws governing marriage presuppose their existence and are only appropriate when they are present. Where they have disappeared, substantial harm, not only to individuals but also to the community, can result when family members are required to continue to rely on such laws for the definition of the rights and obligations of each spouse and the relationships between parents and children.

2.14 When a marriage has broken down, there is much that the law ought to do to assist the persons affected by the radical changes in circumstances to adjust to the new situation and to protect those who have relied to their detriment on the expectation that marriage would be permanent. We suggest a shift in legal policy

towards a process that focuses on the social and economic implications of marriage breakdown for the spouses and their children, premised on finding fair and constructive solutions to the problems resulting from the ending of this most important human relationship.

2.15 This process should not, as is the case at present, be simply an extension into the legal realm of disputes between husbands and wives. This should be avoided by a process that offers no legal confirmation of a spouse's contention that he was right and she was wrong, that she is innocent and he is guilty, that one is good and the other is bad. No legal results should be allowed to follow from such claims or accusations—not dissolution, not financial advantage, not a privileged position vis-à-vis the children. By not placing spouses in a position where the vital interests of one can only be defended by attacking the other, the new process would provide things that have never been available under our divorce laws and their associated procedures: an opportunity for married people to examine their alternatives without adversary polarization on the question of dissolution; a process that does not threaten a spouse with disadvantage because of compromise or admission of inappropriate behaviour; and a law that allows the forgiveness and lowering of defences that are essential elements of genuine attempts at reconciliation without foreclosing the option of dissolution if these attempts do not succeed.

2.16 The purposes of the changes we propose are to enable spouses who are experiencing serious marital discord:

(a) to approach the question of whether or not the marriage should be ended in a non-accusatory and non-adversary legal framework;

(b) to have every opportunity to reconcile without prejudice to the right to dissolution if reconciliation does not succeed;

(c) to have recourse to a legal process that emphasizes negotiation and agreement rather than confrontation and adjudication with respect to the economic consequences of ending the marriage and the making of arrangements that are in the best interests of the children involved; and

(d) to have the protection of new substantive laws in several important areas now unduly affected by subjective or discretionary factors or by concepts that create or result in unfair discrimination on the basis of sex.

2.17 Adjudication should be available where the spouses, having been afforded reasonable opportunity to do so, are unable to agree on matters relating to children and economic readjustment. As well, the court should be able to intervene for the purpose of assessing the family situation, to extend the negotiation period where it believes this would be fruitful, and, where children are concerned, to require and supervise negotiation and to review all arrangements to ensure that the rights of children are fully protected. Dissolution would be available to either spouse on completion of the process to the satisfaction of the court, with an outside time limit imposed to prevent the use of delay as an element in bargaining. The process should be governed by the requirement that the law and its institutions assist the spouses where possible to establish and maintain a positive relationship during and after the dissolution process in personal and financial transactions and in all matters relating to the children of the marriage.

2.18 We propose that the only basis for dissolution of marriage should be the failure of the personal relationship between a husband and wife. We refer hereafter to such a failure as "marriage breakdown". The doctrines of "matrimonial offence", "matrimonial fault", "collusion" and "connivance" should be wholly inapplicable in all future marriage breakdown cases.

2.19 Whether one or both spouses conclude that the relationship has failed is a different matter from whether a third party looking at the marriage would say that a reasonable person ought to agree or disagree with that conclusion. It is each spouse, not some fictitious "reasonable person", who must live with the other, rear children and make the marriage work. We therefore propose that marriage breakdown be non-justiciable, conclusively established by the evidence of one spouse. Marriage breakdown should be established before a judge; like solemnization of marriage, this is a step of significant legal importance having public as well as

personal consequences. Dissolution of marriage should continue to be an act of the court. In this aspect of the dissolution process, however, the function of the court should be *ministerial*, not *judicial*, and the hearing should be *formal* but not *adversarial*.

2.20 We propose that all adversarial pleadings be removed from the law of dissolution of marriage. The process should be commenced by either or both spouses filing with the court a simple and non-accusatory notice of intention to seek dissolution.

2.21 A husband and wife should not be required to separate or live apart as a condition of participating in the dissolution process; nor should remaining together prejudice any right or otherwise adversely affect the legal position of either spouse. The doctrine of "condonation" should be inapplicable in all future marriage breakdown cases.

2.22 The court should be empowered to impose temporary arrangements for the purpose of giving immediate legal security to interests and rights which the law, in an harmonious marriage, contemplates are protected by the personal bonds between the spouses. The court should have power to make temporary orders respecting:

(a) financial provision for a needy spouse and children;

(b) custody, care and upbringing of and access to children;

(c) non-molestation of a spouse and children;

(d) rights of use and occupation of the matrimonial home (including use of its furnishings); and

(e) the prevention of the disposition, removal from the jurisdiction or encumbrance of any asset in which the non-owner spouse may have an interest upon a final order of economic readjustment upon dissolution.

2.23 We propose that whenever children over whom the court has jurisdiction in dissolution proceedings are involved, the law should require that an immediate assessment conference be held by the court. Where a temporary order is sought, the

court should have power to require an assessment conference where it deems it appropriate. An assessment conference would be an informal meeting of the parties before the court, a court officer, a support staff person or a community-based service or facility designated by the court.

2.24 Where a temporary order is sought, the basis for intervention in the form of an assessment conference is that a request for such an order indicates that the state of the relationship between the spouses has apparently reached the point where it is no longer possible for the husband and wife to reach mutually acceptable decisions on the fundamental matters that must be stabilized during the dissolution process. The purposes of this assessment conference would be:

(a) to ascertain whether the husband and wife can agree to temporary or interim arrangements without going before the court for formal judicial determinations on family affairs;

(b) to acquaint the husband and wife with the persons, services and facilities available in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements for the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution; and

(c) to acquaint the husband and wife with the availability of counselling services in the court or the community that deal with conciliation, reconciliation, separation and dissolution of marriage.

2.25 Where children are involved, whether or not a temporary order is sought, the court should always intervene immediately on the basis of the protection of the basic rights we propose be granted to children. These are the right to economic support and the right to have the most suitable arrangements possible in the circumstances for their custody, care and upbringing. An assessment conference involving children would be for the following purposes:

(a) to ascertain whether the spouses have made appropriate arrangements respecting the care, custody and upbringing of and access to the children during the dissolution process, and

if not, to ascertain whether such arrangements can be agreed to by the spouses;

(b) to ascertain whether the appointment of legal counsel for children is indicated;

(c) to ascertain whether a formal investigative report by a public authority (*e.g.* an Official Guardian or Superintendent of Child Welfare) is indicated;

(d) to ascertain whether a mandatory psychiatric or psychological assessment of the situation is indicated;

(e) to acquaint the husband and wife with the availability of persons, services and facilities in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements respecting children during the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution;

(f) to enable the court to ascertain the need for, and where necessary to order the further appearance of the husband and wife before the court or a person, service or facility designated by the court to engage in one or more sessions of mandatory negotiation respecting the children; and

(g) generally to help the husband and wife, where possible, to avoid contested temporary or permanent custody proceedings through negotiation and agreement, and otherwise to avoid bringing matters involving the children before the court for adjudication.

2.26 There will be cases where the spouses have not been ordered to appear before the court or a court-designated person or service for an assessment of their situation. In such cases, any facility or service available in or through the court dealing with negotiation, counselling or reconciliation should be open to spouses on a voluntary basis. In either case, these things should be offered without fees or costs to married persons in the dissolution process. Although our immediate concern is with the dissolution of marriage, we suggest that such facilities and services, particularly after the creation of unified Family Courts, be designed with a view to becoming established as community resources available to all married persons whether or not they have taken the step of initiating dissolution proceedings.

2.27 After the notice of intent has been filed, appropriate interim arrangements for children have been made and where necessary the family situation has been stabilized by temporary court orders, there should be a process with the following sequence:

(a) An initial minimum period of time should be established for the husband and wife to consider reconciliation and otherwise to agree, if they can, on justiciable issues (matters of final economic readjustment and permanent arrangements that are in the best interests of children).

(b) If there is no reconciliation and if agreement on justiciable issues has been reached, either spouse should be able to apply for dissolution after expiration of the initial minimum period of time.

(c) If agreement on justiciable issues cannot be reached, either spouse should be able to request adjudication on justiciable issues after the expiration of the initial minimum period of time.

(d) Where adjudication or dissolution is sought after expiration of the initial minimum period of time, the court should have power to order a conference with the spouses to assess whether either reconciliation or agreement on justiciable issues after further negotiation, as the case may be, is a viable possibility.

(e) After assessment of the situation, by a conference or otherwise, the court should have power:

  (1) to proceed to adjudication on the differences between the spouses on economic re-adjustment and matters concerning children; or

  (2) to postpone adjudication for a further reasonable period of time for continued negotiation on justiciable issues; or

  (3) to postpone dissolution for a further reasonable period of time to allow the parties to continue attempts at reconciliation.

(f) If the spouses have been unable to reconcile or to agree on justiciable issues after the expiration of the time allowed for

court-ordered postponement, either spouse should be able to require adjudication respecting justiciable issues; the court should have power to order a final conference—in this case, a pre-trial conference—and proceed to adjudication where last-minute agreement cannot be reached.

(g) Following adjudication and the expiration of an appeal period, either spouse should be able to apply for dissolution.

(h) Upon marriage breakdown being established by the evidence of one or both spouses in a dissolution hearing, the marriage should be declared by the court to be dissolved.

2.28 We propose that Parliament establish a reasonable time framework for the dissolution process. Times should be set in light of such factors as:

(a) the avoidance of undue haste consistent with the serious nature of the dissolution of marriage;

(b) allowing reasonable amounts of time for reconciliation, counselling and emotional adjustment by the spouses;

(c) allowing reasonable amounts of time for negotiations dealing with money, property and children;

(d) providing the court with the ability to tailor the time period, within reasonable limits, to the requirements of the individual case;

(e) avoiding delay where it serves no purpose; and

(f) creating maximum limits to prevent intentional unreasonable delay.

2.29 In order to illustrate the sequence of the basic features of the proposed process within a framework of fixed times, we set out the following table:

Time	Basic Steps in the Process
Initiation of the process	A notice of intent to seek a dissolution is filed by a spouse.
Immediately where children are involved or where a temporary order is sought	The court is required to hold an assessment conference on the situation respecting children; and has power to hold an assessment conference where a temporary order is sought.

Time	Basic Steps in the Process
Not sooner than six months after filing	Where the spouses are unable to reconcile but are able to agree on justiciable issues (economic readjustment and matters concerning children) either may apply for dissolution. A hearing is held and following establishment of marriage breakdown, conclusively established by the evidence of at least one spouse, the marriage is dissolved.
Not sooner than six months after filing	Where the spouses are unable to reconcile and do not agree on justiciable issues, either may apply for adjudication. The court, after assessment, either tries the justiciable issues, following which the case proceeds to dissolution, or postpones trial to allow continued attempts to reach agreement on matters in dispute.
Twelve months after filing	Where the spouses are still unable to reconcile or agree on justiciable issues, either may require a trial of the issues or dissolution as the case may be.
One month after adjudication or the decision to proceed to dissolution	A dissolution hearing is held and following establishment of marriage breakdown, conclusively established by the evidence of at least one spouse, the marriage is dissolved.

2.30 In dissolution proceedings the court will have duties of a judicial nature and duties of a ministerial nature. The most significant duties in the proposed process are as follows:

(a) to conduct or direct the holding of an assessment conference on children and order, where indicated, investigation by public authorities, psychiatric or psychological evaluations, legal representation for children and mandatory negotiation under the supervision of the court;

(b) where it deems it appropriate, to conduct or direct the holding of an assessment conference where a temporary order is sought;

(c) to make temporary orders applicable during dissolution proceedings;

(d) to review and assess, in any case where it deems it appropriate, the agreed arrangements made for the custody, care and upbringing of and financial provision for the children of the marriage to ensure that such arrangements are in the best interests

of the children based on their welfare and emotional well-being, and to return the matter to the spouses for further negotiation or adjudication where it is found that the best interests of the children have not been provided for;

(e) to confirm by order agreed arrangements made for the custody, care and upbringing of, and financial provision for the children of the marriage;

(f) to confirm by order the agreed arrangements for distribution of property and settlement of all issues respecting title to, or possession of property, and the agreed arrangements for financial provision for a needy spouse;

(g) where it deems it appropriate, to conduct or direct the holding of an assessment conference when the spouses are unable to reconcile or to agree on justiciable issues, as the case may be, and to determine whether further attempts by the spouses at reconciliation or agreement on justiciable issues should be made or whether the case should go to adjudication or dissolution;

(h) to adjudicate on the custody, care and upbringing of, and financial provision for the children of the marriage where the spouses are unable to agree on arrangements that are in the best interests of such children;

(i) to adjudicate on the distribution of property and settlement of all issues respecting title to or possession of property and financial provision for a needy spouse where the spouses are unable to agree on these matters;

(j) where it deems it appropriate, to conduct or direct the holding of a pre-trial conference when adjudication becomes mandatory; and

(k) to order the dissolution of the marriage after completion of all steps of the dissolution process.

2.31 Nothing in the proposed process should be allowed to interfere with:

(a) the right of each spouse to independent legal advice;

(b) the right of the spouses to conduct their own negotiations respecting economic readjustment and arrangements respecting children in addition to any negotiations during any required conferences or other sessions involving both spouses; and

(c) the right of each spouse to be accompanied by counsel during any required conferences or other sessions involving the other spouse.

2.32 The proposed process emphasizes a higher possibility for personal involvement by spouses than does the present divorce law. This is for the benefit of the spouses themselves. There will always be some persons in the dissolution process who will not be interested in seriously investigating reconciliation and others may prefer litigation to conciliation and negotiation. Many people will, however, choose to take advantage of the proposed ways to avoid the traditional confrontation through lawyers or in court. Whether they do so is largely up to themselves except where children are involved.

2.33 The law can and should give people alternatives, without being manipulative or coercive, that they do not now have under the *Divorce Act*. As under the present law, a spouse would always have to consider the possibility that a decision that is adverse to his or her interest may be taken for failing to participate or present the other side of the story. It must be recognized, however, that the law cannot successfully require spouses to participate in such things as counselling, therapy, or reconciliation sessions. These must be undertaken on a voluntary basis to be effective. Spouses would be able to choose not to become involved in them and to pursue the dissolution process, as is generally now done under the *Divorce Act*, through lawyers.

2.34 The court should have power to waive or excuse the appearance of a spouse in any part of the process in appropriate cases. This is necessary to provide for such situations as where the spouses live in different parts of Canada, where one spouse is imprisoned, or where a spouse does what some do today in undefended divorce actions and appears neither in person nor by

counsel. In addition there will be cases where the spouses have successfully and apparently permanently established separate lives and dissolution is sought to obtain a formal change in their legal status rather than to obtain the help of the law in settling problems related to money, property or children. Such situations, however, are not of major concern. Reform should be aimed at such circumstances as these: the spouses who live in the same community, who are not necessarily absolutely committed to ending their marriage, who may be unhappy and perhaps emotionally confused, who will want to do what is best for their children and who will want to avoid being hurt or condemned. Persons in this group can, and by and large will take advantage of the opportunities afforded in the proposed process for exploring possibilities for reconciliation, and for assistance in working out decent solutions to the problems caused for themselves and their children by the marriage breakdown.

2.35 This is not a proposal for "easy" or "quick" divorce. Whether it is easier and faster or slower and more arduous will vary from case to case. In every case, however, the answer to this question will turn on factors such as the spouses' ability to come to grips with the consequences of their actions for themselves and their children, and not on such things as the present right to an immediate divorce based on fault or the present requirement of years of delay extracted by the law as reassurance that a marriage has really broken down. The proposal is no different from the present law with respect to an individual spouse's decision whether or not a marriage will end. Taken with the changes in substantive law recommended in the following chapters, it will greatly restrict the use by spouses of arbitrary bargaining advantages flowing from considerations of fault and conduct when settling matters relating to children and the economic consequences of the marriage. It is difficult to go too far with comparisons between what exists now and what is proposed because there are fundamental differences of concept and philosophy involved. Rather than attempting this, we suggest that both approaches be measured against a single standard with which there can be no disagreement: the requirement that Canadian law have a rational, humane and socially valid policy for the family.

Recommendations

The Commission recommends:

1. The only basis for dissolution of marriage should be the failure of the personal relationship between husband and wife. (Referred to in these recommendations as "marriage breakdown".)

2. The doctrines of "matrimonial offence", "matrimonial fault", "collusion", and "connivance" should be inapplicable in all future marriage breakdown cases.

3. Marriage breakdown should be non-justiciable, conclusively established by the evidence of one spouse.

4. All adversarial pleadings should be removed from the law of dissolution of marriage; the dissolution process should be commenced by either or both spouses filing with the court a simple and non-accusatory notice of intent to seek dissolution.

5. Dissolution of marriage should be a ministerial act of the court, established in a formal but not adversarial hearing.

6. A husband and wife should not be required to separate or live apart as a condition of participating in the dissolution process; nor should remaining together prejudice any right or otherwise adversely affect the legal position of either spouse.

7. The doctrine of "condonation" should be inapplicable in all future marriage breakdown cases.

8. The court should have power to make temporary orders respecting:

(a) financial provision for a needy spouse and children;
(b) custody, care and upbringing of and access to children;
(c) non-molestation of a spouse and children;
(d) rights of use and occupation of the matrimonial home (including use of its furnishings); and
(e) the prevention of the disposition, removal from the jurisdiction or encumbrance of any asset in which a non-owner spouse may have an interest upon a final order of economic readjustment upon dissolution.

9. Whenever children over whom the court has jurisdiction in dissolution proceedings are involved, the law should require

that there be an immediate informal meeting of the parties—an "assessment conference"—before the court, a court officer, a support staff person or a community-based service or facility designated by the court for the following purposes:

(a) to ascertain whether the spouses have made appropriate arrangements respecting the care, custody and upbringing of and access to the children during the dissolution process, and if not, to ascertain whether such arrangements can be agreed to by the spouses;

(b) to ascertain whether the appointment of legal counsel for the children is indicated;

(c) to ascertain whether a formal investigative report by a public authority (*e.g.*, an Official Guardian or Superintendent of Child Welfare) is indicated;

(d) to ascertain whether a mandatory psychiatric or psychological assessment of the situation is indicated;

(e) to acquaint the husband and wife with the availability of persons, services and facilities in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements respecting children during the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution;

(f) to enable the court to ascertain the need for, and where necessary to order the further appearance of the husband and wife before the court or a person, service or facility designated by the court to engage in one or more sessions of mandatory negotiation respecting the children; and

(g) generally to help the husband and wife, where possible, to avoid contested temporary or permanent custody proceedings through negotiation and agreement, and otherwise to avoid bringing matters involving the children before the court for adjudication.

10. Whenever a temporary order is sought the court should have power to require that there be an assessment conference for the following purposes:

(a) to ascertain whether the husband and wife can agree to temporary or interim arrangements without going before the court for formal judicial determinations on family affairs;

(b) to acquaint the husband and wife with the persons, services and facilities available in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements for the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution; and

(c) to acquaint the husband and wife with the availability of counselling services in the court or the community dealing with conciliation, reconciliation, separation and dissolution of marriage.

11. Any facility or service available in or through the court dealing with negotiation, counselling or reconciliation should be offered without fees or costs to all spouses in the dissolution process.

12. Matters of final economic readjustment and permanent arrangements that are in the best interests of children should be justiciable issues if agreement with respect to such matters cannot be reached.

13. The dissolution process should:

(a) enable the spouses to explore the possibility of reconciliation without prejudice to the right to dissolution if reconciliation does not succeed;

(b) emphasize negotiation and agreement on justiciable issues;

(c) provide for intervention and assessment of the situation by the court at various critical times;

(d) provide adjudication on justiciable issues if agreement cannot be reached after expiration of a reasonable period of time; and

(e) provide for dissolution of the marriage after completion of all steps in the dissolution process.

14. After the notice of intent has been filed, appropriate interim arrangements for children have been made and where necessary the family situation has been stabilized by temporary court orders, there should be a process with the following sequence:

(a) An initial minimum period of time should be established for the husband and wife to consider reconciliation and otherwise

to agree, if they can, on justiciable issues (matters of final economic readjustment and permanent arrangements that are in the best interests of children).

(b) If there is no reconciliation and agreement on justiciable issues has been reached, either spouse should be able to apply for dissolution after expiration of the initial minimum period of time.

(c) If agreement on justiciable issues cannot be reached, either spouse should be able to request adjudication.

(d) Where adjudication or dissolution is sought after expiration of the initial minimum period of time, the court should have power to order a conference with the spouses to assess whether either reconciliation or agreement on justiciable issues after further negotiation, as the case may be, is a viable possibility.

(e) After assessment of the situation, by a conference or otherwise, the court should have power:

(1) to proceed to adjudication on the differences between the spouses on economic readjustment and matters concerning children; or

(2) to postpone adjudication for a further reasonable period of time for continued negotiation on justiciable issues; or

(3) to postpone dissolution for a further reasonable period of time to allow the parties to continue attempts at reconciliation.

(f) If the spouses have been unable to reconcile or to agree on justiciable issues after the expiration of the time allowed for court-ordered postponement, either spouse should be able to require adjudication respecting justiciable issues; the court should have power to order a final conference—in this case, a pre-trial conference—and proceed to adjudication where last-minute agreement cannot be reached.

(g) Following adjudication and the expiration of an appeal period, either spouse should be able to apply for dissolution.

(h) Upon marriage breakdown being established by the evidence of one or both spouses in a dissolution hearing, the marriage should be declared by the court to be dissolved.

15. The dissolution process should be set within a reasonable time frame in light of such factors as:

(a) the avoidance of undue haste consistent with the serious nature of the dissolution of marriage;

(b) allowing reasonable amounts of time for reconciliation, counselling, and emotional adjustment by the spouses;

(c) allowing reasonable amounts of time for negotiations dealing with money, property and children;

(d) providing the court with the ability to tailor the time period, within reasonable limits, to the requirements of the individual case;

(e) avoiding delay where it serves no purpose; and

(f) creating maximum limits to prevent intentional unreasonable delay.

16. Nothing in the proposed process should be allowed to interfere with:

(a) the right of each spouse to independent legal advice;

(b) the right of the spouses to conduct their own negotiations respecting economic readjustment and arrangements respecting children in addition to any negotiations during any required conferences or other sessions involving both spouses; and

(c) the right of each spouse to be accompanied by counsel during any required conference or other sessions involving the other spouse.

17. The court should have power to waive or excuse the appearance of a spouse in any part of the process in appropriate cases.

3. Economic Readjustment on Dissolution of Marriage

3.1 Not only is marriage a personal relationship, it is an economic arrangement as well. It provides for the financial needs of all members of the family unit who are not employed for wages. Property acquired by either spouse is commonly used without regard for ownership. Most services necessary to the family unit are usually provided freely by the family members, rather than by outsiders for remuneration.

3.2 From an economic perspective family functions can be divided into three basic categories: financial provision, household management and child care. Typically, the first of these is accomplished by employment for wages outside the home and involves nothing more or less than furnishing money to the family or for family purposes. The second and third are accomplished by work and services done in the home. The traditional cultural expectation in Canada is that these three functions will be divided along sexual lines: financial provision as the primary responsibility of husbands and household management and child care as the primary responsibility of wives. This expectation is also incorporated into most family law in Canada. Since the law attaches differing economic consequences to different family roles, the unequal economic consequences of marriage breakdown are also divided along sexual lines. We believe this is wrong for two reasons. First, the law ought not to grant or withhold significant financial and property rights for reasons that are ultimately determined by the sex of a spouse—laws that consistently result in economic discrimination according to sex are no more defensible than laws that intentionally create such

results. Second, the law ought to treat both spouses equally in economic terms, regardless of the family role performed.

3.3 Other consequences of the present law set against the cultural tradition are also unfortunate. As long as it is accepted that marriage, by law, provides for the needs of women, then it will also be accepted that the economy gives an equivalent priority to men. The law supports this result in two fundamental ways: a sexually-determined economic structure in marriage and the lack of a coherent alternative to the legal tradition of sexually-determined financial rights on divorce. The present legal concepts of marital economics also have significant undesirable effects on individual opportunities, horizons and life-choices. It oversimplifies complex cultural phenomena to say that the law—particularly family law—is "responsible" for invidious sexual discrimination in society. But it is apparent that substantial progress towards the elimination of such discrimination is seriously impeded by sexually-based classifications in the law governing the primary social and economic relationship between the sexes.

3.4 The cultural fact (and usual legal requirement) that men are the primary source of family financial provision means that on divorce husbands are the owners of most of the property acquired during marriage. This is a result of the property laws of most (but not all) provinces, which make no special provision for the marital status of property owners. The rule that property is owned by the person who furnished the money to pay for it applies regardless of whether the owner is single or married. The amount of property owned by each spouse on dissolution of marriage therefore turns on whether the spouse was a wage-earner or cared for the children and managed the home. Where both spouses have incomes it is common for one to assume responsibility for mortgage and similar payments while the other makes household purchases of consumables. In many provinces laws intended to protect dependent wives against full contractual liability have resulted in a restriction of the availability of credit to married women, who are, by such laws, poorer risks. This factor tends to result in husbands buying the durable and major family assets (*i.e.* assets that are purchased through mortgage or credit transactions), and therefore owning the property on mar-

riage breakdown. Only three jurisdictions in Canada (Quebec, British Columbia and the Northwest Territories) have legal doctrines that apply partnership rather than classical property rules to husbands and wives in these situations.

3.5 Before 1968, Canadian divorce law assumed that a wife was always the financially dependent spouse. The old rules of maintenance provided a life income to a wife who was the "innocent" party in the divorce and punished a "guilty" wife by giving her nothing. The present rule in the *Divorce Act* does not assume the inherent dependency of women; but neither does it furnish any new rationale to replace the traditional reasons why one spouse should continue to furnish money to the other after divorce has ended all other aspects of the relationship. There is nothing in the old case law that could help a court determine the purpose of maintenance on divorce—all that law was based on the assumed validity of the premise that men ought to support women. This is clearly unsatisfactory. So is the absence of any legislative policy respecting the amount and duration of maintenance.

3.6 We have discussed the other deficiencies of the property and maintenance concepts that apply on divorce at much greater length in our Working Papers on these topics, and will not repeat them here. The point we wish to make is that the economic aspects of the law of dissolution of marriage should treat the family unit as a joint venture, both spouses as equals, and the role of each spouse as having equal value. This it does not do.

3.7 The legal inequality in the maintenance tradition was not effectively removed in the 1968 reforms, and to some extent was perpetuated by the retention of the conduct test. The inequality resulting from the isolation of property considerations from the other matters inherent in the economic consequences of marriage and divorce also survived the recent changes. Parliament did not include property reforms in the 1968 *Divorce Act* in the exercise of its jurisdiction over "Marriage and Divorce" and only some provinces have since used their overlapping jurisdiction of "Property and Civil Rights" to create new systems of laws that are of special application to married property owners.

3.8 Retention in some provinces of a classical property tradition should no longer be allowed to create, as a direct consequence of the federal divorce law, grave economic disadvantage for persons in those provinces who have performed the family role of caring for children and managing a household, rather than taking paid employment. Nor should the content of the provincial law continue to require judges, in the attempt to do justice under federal law, to use maintenance awards to redress imbalances in property. Federal law should simply do directly what it has done indirectly, and give the courts the power to develop a coherent jurisprudence of economic readjustment when a marriage ends.

3.9 Parliament should therefore ensure that the economic consequences of dissolution of marriage are the same as those of other forms of joint economic ventures in which there is a specialization of function for a common purpose. The basic premise of reform should be that the three main economic functions in marriage—financial provision, household management and child care —are equal legal responsibilities of both partners. There should be no preconceptions in law as to how these functions ought to be divided and there ought to be equal economic results if they are.

3.10 No married person should be penalized or enjoy an advantage with respect to property acquired after the date of the marriage as a result of the family function he or she performed. Where this does not occur under provincial law (pursuant to special rules of ownership applying to married property owners), then federal law should provide for this as a matter of the economic consequences of dissolution of marriage. Each level of government has the constitutional competence to create these results. The constitutional grant of legislative power to the provinces over "property and civil rights" cannot, in our view, be reasonably construed as meaning that Parliament's ability to deal with the economic consequences of divorce is confined to what was thought to be necessary and proper according to standards of marriage and divorce existing at Confederation. Those standards must defer to the dynamics of justice. Any constitution is a living part of an evolving culture, not a perpetual monument to the past.

3.11 We propose that Parliament prescribe a basic norm of equality in matters of property on dissolution of marriage, and grant appropriate power to judges to achieve this under federal law. As is done elsewhere in federal legislation—the *Lord's Day Act*, for example—Parliament should allow for the operation of provincial legislative programs that integrate special (and not divorce-oriented) property-sharing regimes into the overall fabric of provincial law. Parliament should also provide that where provincial law has offered a choice of property regimes and the spouses have elected separation of property (*i.e.* non-sharing) or have made special contractual arrangements, then the wishes of the spouses should govern.

3.12 The basic premise that financial provision, child care and household management are equal legal responsibilities of both spouses leads to a concept of financial provision on dissolution of marriage as an assured right in the spouse who has financial needs following from the marriage experience. This is primarily, but not exclusively, related to the division of the family functions. This is inconsistent with the legal tradition that maintenance on divorce can be reduced or lost if the behaviour of the dependent spouse was not "satisfactory".

3.13 The *Divorce Act* of 1968 contains a serious defect in this regard which must be corrected. Before that time, the right to maintenance on divorce could only be lost as a result of a judicial determination, based on known, settled and pre-existing rules of law, that the claimant spouse had committed a matrimonial offence. This was arbitrary, but certain. The 1968 Act changed the law to allow the court to award maintenance in any event, but the result has been a maintenance rule that is both arbitrary and uncertain. The Act now requires that the award be based on the court's evaluation of conduct in addition to a consideration of the spouses' condition, means and circumstances. This means that the financial implications of a maintenance claimant's marital economic experience are always subject to the uncertainty of a behavioural evaluation according to whatever criteria a judge may find compelling. The proper standard of conduct is not defined by law, nor is the nature of the relationship between conduct and financial rights. Both these matters are, according to one appellate court decision, "within the entire and absolute discretion" of the trial

judge. These inherently subjective standards lack the certainty that is essential if justice is to be done in determining the economic consequences of marriage breakdown, where the outcome will often represent the fruits of the labour of the spouses' adult lifetimes.

3.14 Even if it were possible to write rules of law to cover this situation, there are few legal policies that are more cruel or ill-advised than the one giving married people direct financial motives to pursue their recriminations in public after love, trust and understanding have vanished from their personal relationship. Driven by financial threats, each party can only defend his or her interests by attacking the other's character, personality, fitness as a parent and general performance as a spouse. Such testimony is, in any event, notoriously unreliable—the selective memory and biased evidence in husband and wife cases is different in kind, not degree, from the other situations where a judge must weigh conflicting versions of past events and arrive at a factual conclusion. Nor do we believe this policy is defensible, as is sometimes suggested, as having some value as an emotional catharsis. Too much is at stake for persons having real economic needs for the law to justify what it does on the questionable grounds of providing incidental psychological benefits that most spouses would doubtless prefer to obtain in some less expensive and destructive manner.

3.15 Apart from these objections, the assumption of primary responsibility for child care and household management should not carry with it a one-sided risk of economic deprivation on dissolution of marriage. This unilateral risk is inconsistent with marriage as a relationship between legal equals. The fact of primary relevance is the economic disability that follows from being the non-earning spouse; to this we add a number of secondary facts in our detailed recommendation respecting financial provision on dissolution of marriage, all of which are intended to give the courts something they do not now have: a fair and rational set of objective legal criteria for dealing with the economic consequences of marriage breakdown.

3.16 The main purpose of financial provision on dissolution of marriage should be to meet the reasonable needs of the spouse

who performed, on behalf of both spouses, family functions that carry economic disadvantages. Just as the law should characterize financial provision during marriage as a mutual responsibility, it should also treat the economic advantages accruing to the spouse who performs the wage-earning role on behalf of both spouses as a mutual asset. The right to continue to share in this asset after the partnership ends should last as long as the economic needs following from dependency during marriage continue to exist in the face of reasonable efforts by the dependent person to become self sufficient. The duration of the post-dissolution dependency period should be governed by the principle that everyone is ultimately responsible to meet his or her own needs. The financial guarantee provided by law should be one of rehabilitation to overcome economic disadvantages caused by marriage and not a guarantee of security for life for former dependent spouses. The obligation of the former spouse who is required to pay should be balanced by the obligation of the other eventually to become self-sufficient, as all other unmarried persons must be, within a reasonable period of time. The law should still provide for the possibility of a permanent obligation where the economic disability of a spouse flowing from the marriage is permanent.

Recommendations

The Commission recommends that:

1. Settlement of property matters and financial provision on dissolution of marriage should be done in the context of economic re-adjustment and kept separate from matters relating to the breakdown of the personal relationship between the spouses.

Property Matters Between Spouses

2. Parliament should confer power on the court in dissolution proceedings to:

(a) transfer ownership of property from one spouse to the other;
(b) transfer rights to the use of property from one spouse to the other;

(c) require the establishment of trusts, the giving of mortgages and other necessary or desirable steps to secure or make effective its orders respecting property,

for the purpose of equalizing the property position of each spouse with respect to property acquired by either after the date of the marriage.

3. Property acquired by either spouse during the marriage by gift, inheritance, bequest, trust or settlement should be exempt from sharing.

4. Property transfers should not be made under federal law in any case where

(a) the spouses have made a marriage contract or other binding arrangement with respect to their property relationship on dissolution of marriage; or

(b) the spouses' property relationships are governed by a provincial or territorial property regime, whose application is not restricted to cases of dissolution of marriage, and includes some form of property sharing on dissolution; or

(c) the spouses have made an affirmative choice to remain separate as to property pursuant to a choice of property regimes provided under provincial or territorial law which includes the ability to choose a regime having a form of property sharing on dissolution.

5. A right to property sharing should not be adversely affected, forfeited, or reduced because of conduct during the marriage.

Financial Provision Between Spouses

6. Marriage *per se* should not create a right to receive or an obligation to make financial provision after dissolution; a formerly married person should be responsible for himself or herself.

7. A right to financial provision should be created by reasonable needs flowing from:

(a) the division of function in the marriage;

(b) the express or tacit understanding of the spouses that one will make financial provision for the other;

(c) custodial arrangements made with respect to the children of the marriage at the time of dissolution;

(d) the physical or mental disability of either spouse that affects his or her ability to provide for himself or herself; or

(e) the inability of a spouse to obtain gainful employment.

8. The purpose of financial provision on dissolution of marriage should be one of rehabilitation to overcome economic disadvantages caused by marriage and not a guarantee of security for life for former dependent spouses.

9. A right to financial provision should continue for so long as the reasonable needs exist, and no longer; financial provision may be temporary or permanent.

10. A maintained spouse should have an obligation to assume responsibility for himself or herself within a reasonable period of time following dissolution of marriage unless, considering the age of the spouses, the duration of the marriage, the nature of the needs of the maintained spouse and the origins of those needs

(a) it would be unreasonable to expect the maintained spouse to do so, and

(b) it would not be unreasonable to require the other spouse to continue to bear this responsibility.

11. A right to financial provision should not be adversely affected, forfeited or reduced because of conduct during the marriage; or because of conduct after the dissolution of the marriage except:

(a) conduct that results in a diminution of reasonable needs; or

(b) conduct that artificially or unreasonably prolongs the needs upon which maintenance is based or that artificially or unreasonably prolongs the period of time during which maintained spouses are obliged to prepare themselves to assume responsibility for their own maintenance.

12. The amount of financial provision should be determined by:

(a) the reasonable needs of the spouse with a right to financial provision;

(b) the reasonable needs of the spouse obliged to make financial provision;

(c) the property of each spouse after dissolution of the marriage;

(d) the ability to pay of the spouse who is obliged to make financial provision;

(e) the ability of the maintained spouse to assume partial responsibility for himself or herself; and

(f) the obligations of each spouse towards the children of the marriage.

13. The case law rules respecting the eligibility for, amount of, or rationale behind maintenance on divorce, and all case law dealing with analogous situations, such as alimony, should be discarded.

4. Children and the Dissolution of Marriage

4.1 Children whose parents' marriage breaks down must be a primary focus of legal concern. The process for dissolution of marriage, and the substantive law applied during that process must go beyond the present law and practice in protecting the interests of such children. In this chapter we discuss existing difficulties in this area and make proposals that recognize two fundamental rights that children ought to have when their parents' marriage ends:

(a) the right to social and psychological support by having the most suitable arrangements possible in the circumstances made for their custody, care and upbringing; and

(b) the right to economic support.

4.2 The creation of a new process enabling arrangements for children to be dealt with in a non-fault oriented milieu will shift the emphasis away from the present overriding need for maintaining a defensive posture in interspousal transactions leading up to the dissolution of marriage. Where children are concerned, the object is to eliminate artificial sources of legal conflict in order to allow parents to deal more openly with the important problem of the effect of marriage breakdown on their children and what can be done about it. It is extremely difficult in a framework premised on confrontation and accusation and lacking in counselling and conciliation services (which would tend to be ineffective in such an atmosphere in any event) to reach the human or psychological reality that is ultimately determinative of the best interests of the children. Unfor-

tunately present law and practice make it unlikely or impossible to have an open approach to and frank discussion of many factors of vital importance to the interests of the children. What is required is a new, more rational and humane process for dealing with the problems that dissolution of marriage creates for children, a process aimed at supporting the efforts of parents—and the courts—in reaching more rational and humane solutions.

4.3 The *Divorce Act* provides that, on granting a decree of divorce, the court may make an order providing for the maintenance, custody, care and upbringing of the children of the marriage "if it thinks fit and just to do so, having regard to the conduct of the parties and the conditions, means and circumstances of each of them". The case law has expanded the meaning of the legislative criteria. The courts apply the test that *the welfare of the child* is the paramount consideration in all matters involving children.

4.4 "Custody" has several legal meanings. It stands for the whole collection of legal powers (many of which connote parental obligations as much as "rights") of fathers and mothers over their children: the power to raise and control the child, to determine the nature and amount of the child's education, to determine his or her religious upbringing, to administer the child's property, to grant or withhold consent to the marriage of an under-age child, to apply to the courts on his or her behalf, and so on. In its narrower sense, it means simply "care and upbringing" or, to use a more vivid but unfortunate phrase, "possession".

4.5 Where custody is granted to one parent, the courts afford the other the right to "reasonable access"—usually worked out between the parents, but where they cannot agree, as directed by the judge.

4.6 Although the *Divorce Act* does not expressly provide for it, a court will occasionally grant custody of the children to a third party such as a grandparent or other relation of one of the spouses. Usually this occurs in cases where a third party has in fact assumed responsibility for raising the child for one reason or another, and has become, in effect, a parent figure.

4.7 Before a final custody order is made at the end of divorce proceedings, a child can be in a state of *de facto* custody or "interim custody". *De facto* custody simply means that the mother and father have worked out, as a practical matter, that the child will live with one of the parents (or other person) after they have separated, but there has been no court order or formal agreement. Interim custody refers to a temporary arrangement by the court placing the child in the custody of one parent after a divorce petition has been filed. An interim order merely determines temporarily where the child will reside and provides for temporary maintenance of the child until the trial. At that time, custody, if contested, will be decided permanently by the court.

4.8 Children of divorcing spouses are not parties to the divorce action. They have no right to be represented by counsel, to call or examine witnesses, or to make submissions to the court. Some courts informally seek out the views and wishes of the children in contested custody actions, but this is by no means a universal practice. The *Divorce Act* makes no provision for it.

4.9 The *Divorce Act* allows the court to make maintenance and custody orders with respect to a child of the husband and wife; a child of the husband or wife if the other spouse stands *in loco parentis* (in place of a parent) to the child; and a child of neither spouse if both stand *in loco parentis* to the child. The power to make a maintenance or custody order stops when a child becomes 16 years old unless the child is under the parents' "charge" and is "unable, by reason of illness, disability or other cause, to withdraw himself from their charge or to provide himself with the necessaries of life".

4.10 Both spouses are responsible for the maintenance of a child after divorce, but the *Divorce Act* does not set out any specific factors for the court to consider in determining how to apportion the contribution of each parent, the amount a child should receive, or the purpose of maintenance.

4.11 The *Divorce Act* does not distinguish between fathers and mothers as custodians. There is a marked tendency for the courts to give custody of children under ten years or so to mothers.

As children approach their teens, the preference for the mother diminishes.

4.12 Reform should be directed towards several important features of the law and practice that come into play where children are concerned in divorce cases. The whole emphasis given by the process for dissolution of marriage to matters concerning children should be significantly increased. Much more effort should be devoted to the negotiation and the finding of consensual solutions in lieu of litigation over children. The criteria for custody determinations set out in the *Divorce Act* are not satisfactory since they are not addressed to the interests of children and furnish little guidance. Custody considerations sometimes over-emphasize interspousal matters to the exclusion of the all-important parent-child relationship. The traditional legal concepts of proper conduct as a spouse should not be allowed to intervene where the court must determine the strengths and weaknesses of the parties *as parents* rather than as husbands and wives. The parent who should raise a child is not necessarily the legally "innocent" spouse. The law should be made more flexible, making custody less an all-or-nothing proposition; a judicial determination that one parent will assume primary responsibility for raising and caring for a child should not necessarily exclude the other from the legal right to participate as a parent in many other significant areas of the child's life.

4.13 The concept of a child's interest in access to both parents should be brought into the determination of what "reasonable access" should mean. The question of non-parental custodians should be clarified. Wherever possible, measures should be taken to avoid the difficulties created when interim custody arrangements have resulted in a pattern that courts are often reluctant to disturb when the permanent custody issue is finally heard. Children of divorcing parents should be given rights to be heard and to have their wishes taken into account in appropriate cases. The considerations that should apply to maintenance for a child should be articulated. The definition of "children" needs to be revised and the age limits raised. Parliament should establish a positive policy against discrimination on the basis of sex in custody determinations. Finally, all these things should be incorporated into a new process

governed by new legal doctrines respecting the dissolution of marriage that will allow courts, parents and lawyers to deal with the effect of marriage breakdown on children as a central issue rather than as a "collateral matter".

4.14 Arrangements for the custody, care, upbringing and maintenance of children are now usually settled by negotiations between the parents (or their lawyers). When the parents cannot agree these matters are determined by the courts in the context of a defended divorce action, usually dominated by the accusation and recrimination strategies required by a law that seeks to fix responsibility for the marriage breakdown, and that requires each parent to attack the other to protect his or her economic interests. The process for dissolution of marriage that we have proposed would be governed by laws that create no legal incentives to make dissolution of marriage the occasion for a generalized adversarial assault by one spouse on the other. In particular it places increased emphasis on negotiation and agreement where children are concerned. After the lapse of a reasonable period of time for settlement by the parties, either parent would be able to request adjudication with respect to children if agreement has not been reached. At this point the court will be able either to hear the case or require further negotiation for an additional reasonable period of time. Thereafter, either parent should be able to obtain mandatory adjudication on issues involving children. Where there is adjudication, however, questions of who was at fault for the marriage breakdown and whether a spouse is disentitled to maintenance would not be involved, the focus instead being where it should be: what is in the best interests of the children.

4.15 This process should have the following major features:

(a) sources of information and expert advice available to the court in addition to evidence from the parents;

(b) assistance and support for the parents in their search for consensual solutions;

(c) review by the court of parental agreements respecting children, with power to disapprove where statutory criteria are not met;

(d) adjudication by the court where parental agreement cannot be reached; and

(e) legal representation for children.

4.16 In every case where dissolution is sought and children are involved, the court should intervene immediately to ensure that their rights and interests are protected. This is the "assessment conference" described in the chapter dealing with marriage breakdown. We set out again the purposes of this intervention:

(a) to ascertain whether the spouses have made appropriate arrangements respecting the care, custody and upbringing of the children during the dissolution process, and if not, to ascertain whether such arrangements can be agreed to by the spouses;

(b) to ascertain whether the appointment of legal representation for children is indicated;

(c) to ascertain whether a formal investigative report by a public authority (*e.g.* an Official Guardian or Superintendent of Child Welfare) is indicated;

(d) to ascertain whether a mandatory psychiatric or psychological assessment of the situation is indicated;

(e) to acquaint the husband and wife with the availability of persons, services and facilities in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements respecting children during the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution;

(f) to enable the court to ascertain the need for, and where necessary to order the further appearance of the husband and wife before the court or a person, service or facility designated by the court to engage in one or more sessions of mandatory negotiation respecting the children; and

(g) generally to help the husband and wife, where possible, to avoid contested temporary or permanent custody proceedings through negotiation and agreement, and otherwise to avoid bringing matters involving the children before the court for adjudication.

4.17 We invite attention to the proposal that the court should have power to order that a further assessment conference be held

when a temporary order is sought. Where children are involved, this would mean that one spouse is seeking an order, in general terms, for custody and maintenance of children during the dissolution proceedings. Conferring this power would mean that whenever a contested issue respecting children arose, the court would have the opportunity to deal on an informal or pre-trial basis with the specific problem of prospective litigation over children, and to assist the parents to avoid a formal adversary confrontation where possible.

4.18 The court should be able to obtain objective information about the family situation by having the power to order a formal investigative report of the sort now made in some provinces by provincial authorities. We do not think these should be required in every case as they now are in some provinces. Upon the adoption of our proposed new process, this would be a misuse of available resources. A universal inquiry policy is essentially a product of the present divorce law. The limitations of the conventional adversary process provide no effective source of objective information about situations that are potentially harmful to children. We have proposed that the court, through its assessment of every situation, be the agency to determine whether further investigation is required. This would free provincial authorities to concentrate on the relatively few cases where it appears that the interests of children are seriously jeopardized by the marriage breakdown. This is a matter that requires federal-provincial consultation and cooperation to coordinate policy and to ensure proper use of available resources.

4.19 A second source of information would be from independent experts. The court should be empowered to order that a mental health professional such as a psychiatrist or psychologist interview both parents, the children if necessary, and other persons as may be required, and report his or her findings to the court. The purpose would be to furnish for the court's assistance the facts and conclusions within the expert's area of professional competence that have a bearing on the issue the court must decide. The expert neither should nor would make the decision for the court, as there are other factors to be weighed besides psychological or psychiatric appraisals. But he or she should be free to state opinions, from the

point of view of a mental health professional, on what decisions are indicated. Such reports should be available to the parties and subject to cross-examination. Reports by independent experts would not be necessary in most cases, and would probably be most useful where the parents were unable to agree and adjudication was requested or pending.

4.20 A third source of information should be from the children. Whenever the court finds it appropriate, a child should have the right to have his or her views taken into account, expressing them in person, through a lawyer or through some other person acting on the direction of the court.

4.21 A lawyer representing a child should be independent of the parents. Such representation should be afforded and ordered where, in light of the rights afforded to children of divorcing parents, it appears to the court that having counsel would be in the best interests of the child. In most cases this would occur only where custody was contested, but it should be possible whenever the court finds it desirable. It would be a matter for each province to establish the best way for such legal services to be delivered. The unified Family Courts established as pilot projects by the British Columbia Royal Commission on Family and Children's Law have on staff a "family advocate" whose duties include making representations on behalf of children. Other alternatives are legal aid plans, child welfare services, public trustees, official guardians or development of new support staff concepts in future Family Courts that make independent legal representation available for children.

4.22 Where representation for a child is ordered, the child should have the standing of a party in all matters touching the rights and interests of children, including examination and cross-examination of witnesses, access to social, psychological and other resources made available through the court and the legal process to other parties, and rights of appeal. The child should also be able to be represented in negotiations between parents in matters touching his or her rights and interests.

4.23 It must be recognized that a counsel for a child would be in a somewhat ambiguous position with respect to several aspects

of the traditional solicitor-client relationship. If the child is young, the lawyer would be unable to obtain instructions, and the instructions of an older child may not necessarily be valid or well-considered. Normally a parent instructs a lawyer acting for a child, but this is not possible where a marriage is being dissolved.

4.24 We propose that a counsel for a child have a statutory duty to act in what he or she considers to be the best interests of the child, according to the considerations established by Parliament. Counsel should have a statutory duty to consider the wishes of the child (according to the criteria set out below), and any reports, information or evaluations available to the court and other parties relevant to the child's rights or interests. As a formal matter, the lawyer's duty would be to the child; as a practical matter, however, this proposal relies ultimately on the lawyer's judgment, not that of the child. The court would have the power not only to appoint but to discharge counsel—something that should ensure a standard of performance that is equal to or higher than what is expected of counsel in other situations.

4.25 The matter of the views of the child is not free from difficulty. The child may be too young to form an opinion as to his or her future, or his opinion may not be reliable. Where, however, the wishes of the child can be elicited in circumstances that indicate reliability, without causing psychological damage to the child or damaging relationships with his or her parents, they should be sought. This can be done in several ways: through the legal representative of the child, through reports by provincial authorities, through the findings of a mental health professional or by the judge in chambers. Parliament should therefore provide a statutory direction to the courts that the wishes of a child should be taken into account to the extent the court considers appropriate, having regard to the age and maturity of the child.

4.26 Negotiation between parents under the new process could be done as it is now—by themselves or through lawyers. Parliament should, however, provide for court or court-approved persons who would assist parents to work out consensual temporary and permanent arrangements respecting children. Where available, such a service should be provided to all parents on a voluntary

basis. In addition, the court should have power, in cases where it finds it appropriate, to order parents to attend one or more sessions of mandatory negotiation. We believe it is important for the dissolution process to provide a place for trained personnel who would sit down with the parents and assist them in identifying and resolving, through negotiation, the issues that the breakdown of their marriage raises in regard to their children. We envisage in this role a suitably trained person who would explore questions of custody, care, upbringing, access and maintenance with the parents to help them understand what the law requires of them, to discover where they can agree, and to assist them to deal honestly with themselves and each other on the issue of what is best for their children. Ideally, this would be a support service of the unified Family Court. Until such courts come into existence, community based facilities will have to be employed. It is appropriate, however, for Parliament to include this in the new process in any event, so that all courts that have access to such services will be able to integrate them into their procedure for dealing with children.

4.27 Where an agreement has been successfully negotiated between parents concerning matters of custody, care, upbringing, access and maintenance, the court should have power to require that it be submitted for review and approval. In every case the court would have a basic profile of the family situation resulting from the assessment conference to help it determine whether formal review of the arrangements made by the parents is necessary or desirable. There may also be information indicating a need for review contained in an investigation concluded by the public authorities. In some cases the court would also have additional data provided by counsel for a child, by experts, or both. We propose that the court have power, where it appears necessary to evaluate the agreement properly, to order such inquiries by the public authority or such other person as the court may designate. Where there is a unified Family Court, such investigative functions could be part of the duties of the support staff.

4.28 Where the court is unable to approve the agreement of the parties, it should return it to them indicating areas where clarification or alteration appears necessary. If an agreement

satisfactory to the court cannot be made within the time allotted under the dissolution process, the matter can be taken to adjudication by either parent.

4.29 All dispositions respecting the custody, care and upbringing of and access to children should be made according to their best interests based on their welfare and emotional well-being. In determining what is in the best interests of a child, the court should consider the social, psychological and economic needs of the child and should take into account the following factors:

(a) the kind of relationships the child has with the persons to whom custody, care and upbringing might be entrusted, and any other persons, such as brothers and sisters, who have a close connection with the question of the child's custody, care and upbringing;

(b) the personality and character of the child and his or her emotional and physical needs;

(c) the capacity to be parents of persons to whom the custody, care and upbringing of the child might be entrusted, the kind of home environment they would provide for the child, and the kind of plans they have for the child's future; and

(d) the preference of the child to the extent that the court considers it appropriate having regard to the age and maturity of the child,

(e) the financial resources and needs of each of the parents.

4.30 Although the *Divorce Act* speaks of "custody, care and upbringing" (thus indicating that "custody" is not necessarily the same as "care and upbringing"), it is a matter of common practice for parents, lawyers and judges alike to deal with these things together. Placing a child in the home of one parent or the other for care and upbringing is usually a necessary consequence of the fact that husbands and wives stop living together when their marriage ends. However, terminating the participation by both parents in many long-range aspects of their childrens' lives (as opposed to day-to-day decisions) is not.

4.31 A determination that one parent shall have not only "care and upbringing" of a child but also "custody" in the broad

sense of the *Divorce Act* severs many legal relationships and responsibilities that exist between the child and the other parent. In some cases the poor state of the interspousal relationship may make this desirable, since husbands and wives can act out their hostilities by refusing to be reasonable or cooperative with respect to matters affecting their children. Yet in many other cases this does not happen. In the latter circumstances, the almost invariable practice of granting custody in its broad legal sense to the parent who is responsible for a child's care and upbringing poses an unnecessary threat to both parents while conferring no particular benefit on their children. This creates a psychological hazard that contributes to some of the extraordinary bitterness in some custody cases. We therefore propose that Parliament provide that the court may, in cases where it finds it proper to do so, order that any of the powers granted by law to parents as joint legal custodians of a child continue to be exercised by either parent.

4.32 Access to a child should be an intrinsic aspect of arrangements or dispositions made for the child's custody, care and upbringing. The purpose of access is to recognize a child's interest in a continuing relationship with each parent. The extent to which a child sees the parent who is not responsible for his or her care and upbringing is something to be worked out according to the same criteria we propose with respect to other matters that must be determined according to the best interests of the child.

4.33 It would be desirable for Parliament to satisfactorily define the factors that the court should consider with respect to maintenance of a child. These factors should be:

(a) the financial and educational needs of the child;
(b) the physical and emotional condition of the child;
(c) the upbringing and standard of living the child would have enjoyed had the marriage not been dissolved;
(d) the income, earning capacity, property and other financial resources of the child; and
(e) the financial resources and needs of each of the parents.

As under the present law, parents would continue to have a mutual obligation towards the maintenance of their children. This obli-

gation should be apportioned between the parents according to their relative abilities to contribute, in light of the financial resources and needs of each.

4.34 The *Divorce Act* provides that the court has no power to order maintenance or custody with respect to a child who is 16 or older unless the child is in the "charge" of the parents and "unable, by reason of illness, disability or other cause to withdraw himself from their charge or to provide himself with the necessaries of life". We suggest that the power of the court to deal with both custody and maintenance be extended upwards in all cases, without reference to the child's ability to withdraw himself or herself from parental charge.

4.35 In many cases there will be no need for dealing with the custody of older minors, but the courts should have the ability to do so in appropriate cases. We suggest that the lowest of the provincial ages of majority should be chosen as the upper limit for custody—18 years. There is no social justification for empowering a court to make a custody order respecting a person who had attained majority under the law of the province where he or she resided, and little to be gained by making custodial arrangements for persons over 18 years in any event, even though they remain for a short while, as minors.

4.36 We propose shifting the basic upper limit for maintenance for a child from 16 to 18 years. Most children are not emancipated and self-supporting by their 16th year, and are usually in the middle of a high school education. The fact that a child of 16 or over is continuing his or her full-time education is often recognized by courts as bringing the child within the extended meaning of "child" in the *Divorce Act* and therefore eligible for maintenance after age 16. We believe it would be appropriate to prescribe the age at which most children finish high school as the age to which parents whose marriage has been dissolved normally ought to be expected to maintain their children.

4.37 We recommend extending the provisions for maintenance (as opposed to custody) beyond the age of 18 years in several specific instances. At present, by a slight straining of the language

in the *Divorce Act*, courts will sometimes classify a young person continuing in university or vocational training as being unable to withdraw from his parents charge, and therefore as a "child" who is eligible for maintenance even though he or she may be many years past age 16. This should be provided for directly. We propose that the court should have power to order maintenance for a child for a reasonable period beyond the age of 18, in order to ensure that the child receives the education or training he or she might reasonably have expected to receive if the marriage had not been dissolved. This should be coupled with the power to impose terms and conditions on the child to ensure that the financial assistance is employed for the intended purpose.

4.38 We also suggest that a child remain eligible for court-ordered parental support beyond age 18 for reasons of his or her illness or disability. At present, responsibility for most disabled persons over 18 years has been assumed by the state—a policy that is both humane and proper. We do not propose that this be altered in any way. We suggest, however, that there may be circumstances where a disabled or sick young person would not be eligible for assistance under a federal or provincial program and whose reliance upon parental support may be jeopardized by the dissolution of the marriage. It would therefore be desirable for federal law to provide for the possibility of extended parental support, as the *Divorce Act* now does, while placing on the court the obligation in each instance to decide whether this would be appropriate in view of the eligibility and need of the child for maintenance from public sources.

4.39 We propose that Parliament endorse through legislation the principle that one parent is not to be preferred as the custodial parent on the basis of sex. Custody of a child is entrusted to a particular individual and not to a representative of popular conceptions about what a man or a woman is supposed to be capable of doing or ought to do. Sexual stereotypes are irrelevant in determining the individual capacity of a parent to love, care for and raise a child.

4.40 Occasionally a court will grant custody of the children of divorcing spouses to a third party. The *Divorce Act* makes no

provision for this. This raises the serious question of whether the fact of dissolution of marriage, and nothing more, should in every case automatically expose parents and children to the possibility of custody being given to a third party. We view with some antipathy the idea that dissolution of marriage *per se* should be the circumstance that singles out parents to account for and justify the continuation of their relationship with their children, or that the end of the marriage should set the question of parental versus non-parental custody completely at large.

4.41 At the same time, it is obvious that there will be some situations where a consideration of the best interests of children will make it absolutely clear that they would be better off in the custody of someone other than their parents. We do not believe it would be proper for Parliament to create any presumption in favour of natural parents as custodians because this would tend to operate against the interests of the children in those few cases where third parties ought to have custody. On the other hand, we do not agree with the view that every time a marriage is dissolved, parents ought to stand in the same position vis-à-vis their children as any other persons who seek to intervene in the custody issue. We suggest that the appropriate way to deal with this matter would be to provide for a finding by the court, acting on its own motion or at the behest of any person on the basis of information that it considers to be reliable, that the best interests of a child appear to require that persons other than the husband and wife whose marriage is being dissolved be considered as custodians. Where such a finding is made, the other persons should be added as parties to the proceedings.

4.42 Under the present law, the final determination on custody is made by the court at the same time as the decision on the divorce petition. This may be some months or years after the parents have separated. Between separation and the hearing, a child may have been living with one of the parents as a result of an interim custody order—a temporary arrangement made by the court, for the sake of ensuring that the child is cared for until the hearing. It is also possible for the parents to have worked out a temporary or *de facto* arrangement without there having been an

interim order. Where there is a custody dispute, interim or *de facto* arrangements often have a significant effect on the final outcome. Because the courts are understandably reluctant to unduly disturb the environment of a child after the failure of the parents' marriage, the temporary arrangement tends to be seen as something that it is in the child's best interest not to change.

4.43 Several of our proposals will affect this situation. Many persons leave their spouses because the law places them at a disadvantage if they do not. Where one spouse has committed adultery, the other runs the risk of being taken to have "condoned the offence" and of losing his or her grounds for divorce by staying and trying to work things out. The marriage breakdown ground, as we have pointed out, generally requires separation for three to five years. In either case, the children are likely to get settled in with one parent or the other. By eliminating fault grounds and the requirement that people separate in order to establish marriage breakdown, the number of situations in which ultimate custody dispositions are significantly influenced by temporary arrangements will be reduced.

4.44 Parents will still separate for other reasons. Where this happens the most the law can do is to try to minimize as much as possible the effect that the dissolution process has on the custodial opportunities of the parent who does not have interim or *de facto* custody. First, the procedures employed to assist the spouses to agree on arrangements respecting children should be given first priority in the dissolution process. Second, Parliament should specify that the detailed criteria we have proposed to guide the courts in custody determinations should apply in temporary custody matters so that it is clear that what is intended is a full hearing on the merits. This would shift the emphasis away from the order that, under the present Act, is made at the time of divorce, to the point in the process where the legal decision on custody is, for practical purposes, now most often made. Parents would still be able to negotiate with respect to final arrangements, as they now can, and either should be able to obtain a final adjudication on custody which may have a different result from the temporary custody determination. If, however, the temporary order con-

tinues to have the same influence on the final order as an interim order under the *Divorce Act*—something we view as inevitable—then the law should do all it can to ensure that the temporary arrangements represent the best interests of the child as they appeared before being influenced by a prolonged period of residence with only one parent.

4.45. The question of which children are covered by the *Divorce Act*'s definition of a "child" and "children of the marriage" raises no problems in the great majority of cases. Most divorces involve children born of the marriage. The peripheral cases raise some complex theoretical issues, many of which have not come before the courts for solution. The main difficulties appear to be:

(a) the scope of the phrase "*in loco parentis*";
(b) the position of adopted children;
(c) the position of children of the spouses born prior to the marriage; and
(d) the position of step-parents.

We will not go into technical details on all the actual and potential problems that the present definition raises in these and other areas. It is sufficient to note that there are plenty of them.

4.46 We propose that "child" should include:

(a) a child of the husband and wife born during the marriage;
(b) a child of the husband and wife born before the marriage, whether or not the child was legitimated by the parents' marriage;
(c) a child adopted since the marriage by the husband and wife or by either of them with the consent of the other; and
(d) any child not covered by these specific categories who has been accepted and treated by the spouses as a child of their family.

The definition of "child" should exclude children who have been placed with parents, to provide a foster home, by a governmental or private agency.

4.47 The fourth category listed above—other children treated as members of the family—is a matter of social, not legal relationships. Such children might be:

(a) a child of a spouse by a former marriage that ended in divorce;
(b) a child of a spouse by a former marriage that ended in the death of the other parent;
(c) a child adopted by a spouse before the marriage;
(d) a child born to one spouse and a third party during the marriage; and
(e) a child of another couple taken in and raised by the spouses as their own.

Various legal relationships between these children and third parties exist, such as rights of support in some cases against natural parents and rights of inheritance in others. A third party may have a right to claim custody of a child that has been raised by the divorcing spouses. Almost all possible circumstances giving rise to legal relationships between a child in this category and a parent who is not one of the divorcing spouses arise under provincial law, and some constitutional questions are presented. In the case, for example, of a child of another couple taken in on an informal basis and raised by the divorcing spouses, it is not clear whether federal law can confer jurisdiction to deal with the custody of the child—at least in the sense of the broad powers that a parent has against any other person. Such a child is already in the joint *legal* custody of the natural parents under provincial law, regardless of the fact that care and upbringing has been by the divorcing spouses. Assuming that the question is resolved in favour of federal jurisdiction, if custody of such a child is granted to one of the divorcing spouses, it is not clear whether this would be custody only as against the other spouse, or whether this would also extinguish the custodial powers of the natural parents. The combinations are numerous and the complexities endless.

4.48 Another related problem when a child in this category is involved in a dissolution case is whether it is right for a court to look to one of the divorcing spouses as the source of maintenance for such a child. If a man marries a woman with a child by a former marriage, acts as a parent to the child and supports it during the

marriage, the matter is not free from difficulty if the marriage ends and it is asked why what may have been an act of kindness should turn into a legal obligation until the child is grown.

4.49 To a child, however, the existence or non-existence of these legal relationships, constitutional problems and abstract and unanswerable moral speculations are all meaningless. The issues they pose admittedly all exist for good reasons, but not much of the learning on federal-provincial powers or legal rights and obligations of parents versus step-parents concerns itself with the welfare and happiness of children. We therefore suggest that decisions under federal law respecting the custody, care and upbringing of children in this fourth category should be expressly stated by Parliament to be limited in application to a determination of rights and obligations between the parties whose marriage is being dissolved. This would deal with the needs of children flowing from the marriage breakdown without purporting to be the same as or to replace custodial rights granted under provincial law to the natural parents of such children. We further propose that either spouse should be able to join as a party to a maintenance adjudication any other person who is in a relationship with the child that involves a maintenance obligation, and that the court should have power to apportion the maintenance obligation to the child among the parties where it finds this to be in the best interests of the child.

Recommendations

The Commission recommends:

1. Children should have two fundamental rights when their parents' marriage ends:

(a) the right to social and psychological support by having the most suitable arrangements possible in the circumstances made for their custody, care and upbringing; and

(b) the right to economic support.

2. Where children are concerned, the process for dissolution of marriage should have the following major features:

(a) sources of information and expert advice available to the court in addition to evidence from the parties;

(b) assistance and support for the parents in their search for consensual solutions;

(c) review by the court of parental agreements respecting children, with power to disapprove where statutory criteria are not met;

(d) adjudication by the court where parental agreement cannot be reached; and

(e) legal representation for children.

3. Whenever children over whom the court has jurisdiction in dissolution proceedings are involved, the law should require that there be an immediate informal meeting of the parties—an "assessment conference"—before the court, a court officer, a support staff person or a community-based service or facility designated by the court, for the following purposes:

(a) to ascertain whether the spouses have made appropriate arrangements respecting the care, custody and upbringing of the children during the dissolution process, and if not, to ascertain whether such arrangements can be agreed to by the spouses;

(b) to ascertain whether the appointment of legal representation for children is indicated;

(c) to ascertain whether a formal investigative report by a public authority (*e.g.* an Official Guardian or Superintendent of Child Welfare) is indicated;

(d) to ascertain whether a mandatory psychiatric or psychological assessment of the situation is indicated;

(e) to acquaint the husband and wife with the availability of persons, services and facilities in the court or the community to assist them in negotiating temporary arrangements respecting children during the dissolution process as well as permanent arrangements applicable on dissolution;

(f) to enable the court to ascertain the need for, and where necessary to order the further appearance of the husband and wife before the court or a person, service or facility designated by

the court to engage in one or more sessions of mandatory negotiation respecting the children; and

(g) generally to help the husband and wife, where possible, to avoid contested temporary or permanent custody proceedings through negotiation and agreement, and otherwise to avoid bringing matters involving the children before the court for adjudication.

4. Formal investigative reports by a public authority (*e.g.* an Official Guardian or Superintendent of Child Welfare) should not be required in every case; whether such a report is necessary should be determined by the court.

5. The court should have power to order that a mental health professional such as a psychiatrist or psychologist interview each of the parents, the children if necessary, and other persons as may be required, and report his or her findings to the court.

6. The court should have power to order legal representation for a child, independent of the legal representation of either parent.

7. Where representation for a child is ordered, the child should have the standing of a party in all matters touching the rights and interests of children, including examination and cross-examination of witnesses, access to social, psychological and other resources made available through the court and the legal process to other parties, and rights of appeal; the child should also be able to be represented in negotiations between parents in matters touching his or her rights and interests.

8. Parliament should provide that the wishes of a child should be taken into account to the extent the court considers appropriate, having regard to the age and maturity of the child.

9. The process for dissolution of marriage should include court or court-approved persons who would assist parents to work out consensual temporary and permanent arrangements respecting children, available to all parents on a voluntary basis, with power in the court where it finds it appropriate to order parents to attend one or more sessions of mandatory negotiation.

10. Where an agreement has been successfully negotiated between parents concerning matters of custody, care, upbringing,

access and maintenance, the court should have power to require that it be submitted for review and approval.

11. Where it appears necessary to evaluate the agreement properly, the court should have power to order inquiries by the public authority or such other person as the court may designate.

12. Where the court is unable to approve the agreement of the parties, it should return it to them indicating areas where changes appear necessary.

13. All dispositions respecting the custody, care and upbringing of and access to children should be made according to their best interests based on their welfare and emotional well-being. In determining what is in the best interests of a child, the court should consider the social, psychological and economic needs of the child and should take into account the following factors:

(a) the kind of relationships the child has with the persons to whom custody, care and upbringing might be entrusted, and any other persons, such as brothers and sisters, who have a close connection with the question of the child's custody, care and upbringing;

(b) the personality and character of the child and his or her emotional and physical needs;

(c) the capacity to be parents of persons to whom the custody, care and upbringing of the child might be entrusted, the kind of home environment they would provide for the child, and the kind of plans they have for the child's future; and

(d) the preference of the child to the extent that the court considers it appropriate having regard to the age and maturity of the child.

14. The court should have power, in cases where it finds it proper to do so, to order that any of the legal powers of parents as joint legal custodians of a child continue to be exercised by either parent.

15. Parliament should define the factors that the court should consider with respect to maintenance of a child, as follows:

(a) the financial and educational needs of the child;

(b) the physical and emotional condition of the child;

(c) the upbringing and standard of living that the child would have enjoyed had the marriage not been dissolved;

(d) the income, earning capacity, property and other financial resources of the child; and

(e) the financial resources and needs of each of the parents.

16. Parents should continue to have a mutual financial obligation towards the maintenance of their children, apportioned according to their relative abilities to contribute, in light of the financial resources and needs of each.

17. The court should have power to make a custody order for a child up to the age of 18 years.

18. The court should have power to make a maintenance order for a child up to the age of 18 years.

19. The court should have power to make a maintenance order for a child beyond the age of 18 years in order to ensure that the child receives the education or training he or she might reasonably have expected to receive if the marriage had not been dissolved. Where this is done the court should have power to impose terms and conditions on the child to ensure that the financial assistance is employed for its intended purpose.

20. The court should have power to make a maintenance order for a child beyond the age of 18 years where the child is ill or disabled and dependent on parental support, and this support is jeopardized by the dissolution of the marriage.

21. Parliament should endorse through legislation the principle that no person is to be preferred as the custodial parent on the basis of sex.

22. A third party should not be considered as a custodian unless the court, acting on its own motion or at the behest of any person, on the basis of information that it considers reliable, makes a finding that the best interests of a child appear to require that a person other than the husband or wife whose marriage is being dissolved be considered as a custodian. Where such a finding is made, the other person should be added as a party to the proceedings.

23. Procedures employed to assist spouses to agree on arrangements respecting children should be given first priority in the dissolution process.

24. A temporary custody hearing should be a full hearing on the merits, based on the detailed criteria proposed to guide the courts in determining the best interests of a child.

25. The court should have power to make custody and maintenance orders respecting:

(a) a child of the husband and wife born during the marriage;

(b) a child of the husband and wife born before the marriage, whether or not the child was legitimated by the marriage of his or her parents;

(c) a child adopted since the marriage by the husband and wife or by either of them with the consent of the other; and

(d) any child not covered by these specific categories who has been accepted and treated by the spouses as a child of their family;

but not with respect to children who have been placed with the spouses, to provide a foster home, by a governmental or private agency.

26. With respect to a child who has been accepted and treated as a child of the family (category (d) in the previous recommendation):

(a) the effect of orders as to their custody, care and upbringing should be expressly stated to be limited in application to a determination of rights and obligations between the parties whose marriage is being dissolved; and

(b) either spouse should be able to join any other person as a party to a maintenance adjudication involving such a child if such person is in a relationship with the child that involves a maintenance obligation, and the court should have power to apportion the maintenance obligation among the parties where it finds this to be in the best interests of the child.

5. Conclusions

5.1 There are several matters we did not touch upon in this report. The *Divorce Act* is a complex instrument and many of its detailed provisions require modification or adjustment. We have conducted studies on most of these aspects of the Act and trust that they will be of assistance to those who will be developing new family law legislation and implementing new policies. We are certain, however, that this report says quite enough without going into a comprehensive analysis of all possible changes. This is intentional. The function of a law reform commission is not to kill alligators, so to speak, as much as it is to drain the swamp. We have, accordingly, presented a proposal for fundamental reform. This report is intended to furnish some clear choices on basic policy objectives in family law, to articulate the values inherent in the choices, and to say why we believe one course of action is preferable to another. Once the premises for legislative reform have been determined, most of the detail will fall into place.

5.2 One exception must be noted, however. We refer to enforcement of maintenance obligations. Although not dealt with in this report, this is something of basic concern, not "detail". Making significant improvements in the present situation cannot be accomplished by an immediate federal legislative program. The present inability of the law to have its orders carried out is simply the external or visible manifestation of the failure of the present legal policy of the family. Reform of the enforcement aspect must

begin with changes in the concept in family law, such as revision of the basis for support obligations and eligibility for support, and changes in structure, such as the creation of unified Family Courts. Until there is a rational underlying policy for family law, and until there are proper tools to implement that policy, successful enforcement of maintenance obligations will continue to elude our grasp, defeated by hundreds of thousands of individual decisions not to cooperate with even the sternest enforcement measures. We have published a study paper on enforcement in which these themes are more thoroughly canvassed. Within the present legal and institutional context of family law, however, most specific prescriptions for enforcing maintenance obligations would simply be proposals for new ways to achieve failure.

5.3 It is necessary to say directly something that is implicit in all the work we and our provincial counterparts have done in family law. Federal-provincial cooperation on a major scale is essential if the Canadian family is to benefit fully from the reform of family law. Initial and continuing intergovernmental coordination on both the concepts and details of family law reform is the only path that will lead to the goals sought by all who are concerned with this subject.

5.4 Finally we would like to re-emphasize that the family is the basic unit in society whatever its structure may be. Changes in that structure and stress resulting from such changes are bound to continue. It is important that the Provincial and Federal Governments take concerted action to create both new legal institutions and a new basic philosophy of family law to ensure an appropriate response to the significant legal and social problems in this area that lie ahead.

Appendix

A. Contributions

A great number of people and organizations have made an input into this report. An analysis of written presentations and responses has been completed by the Commission and seriously weighed in coming to conclusions in this report. There were also, however, innumerable discussions and meetings on our Working Papers, and organizations such as The Vanier Institute of the Family, The National Action Committee for the Ontario Status of Women, The National Council of Women and the Anglican Church of Canada. Government departments, in particular the Department of Justice, the Department of Health and Welfare, and Statistics Canada have given a great deal of assistance and cooperation.

The Commission gratefully acknowledges all these contributions. We would also like to thank former Members of the Commission and our dedicated staff under the outstanding leadership of the Director of the Family Law Project, Professor Julien Payne.

Former Commissioners

M^me^ Justice Claire Barrette-Joncas
Dean Martin L. Friedland
John D. McAlpine
Mr. Justice William F. Ryan

Research Advisors and Contributors

B. Amren
Judge H. T. G. Andrews
Norman Bell
Mr. Justice T. R. Berger
Alain Bisson
Judge M. Bowker
Ernest Caparros
Denyse Fortin-Caron
Edith Deleury
H. de Mestier du Bourg
M^me^ Justice Claire L'Heureux-Dubé
David Farrell
Lee Ferrier
Henry H. Foster, Jr.
Philippe Garigue
Roger Garneau
Gerry Gaughn
Richard Gosse
Dr. Herman H. Hahlo
Mr. Justice E. Hall
Flora Hogarth
Glen Kealey
Monique Ouellette-Lauzon
Dr. Saul Levine
Jack London
Peter Lown
Edythe MacDonald
James MacPherson
Dr. Quentin Rae-Grant
Douglas Sanders
Iwan Saunders
Judge David M. Steinberg
Judge George Thomson

B. Publications

The report is based on numerous internal and external documents filed in the Archives of the Commission and indicated in our Annual Reports. The following are those that have been published and are available through Information Canada.

Working Papers:

The Family Court (No. 1-1974)

Family Property (No. 8-1975)

Maintenance on Divorce (No. 12-1975)

Divorce (No. 13-1975)

Background Volumes:

Studies on Family Property Law (1974)

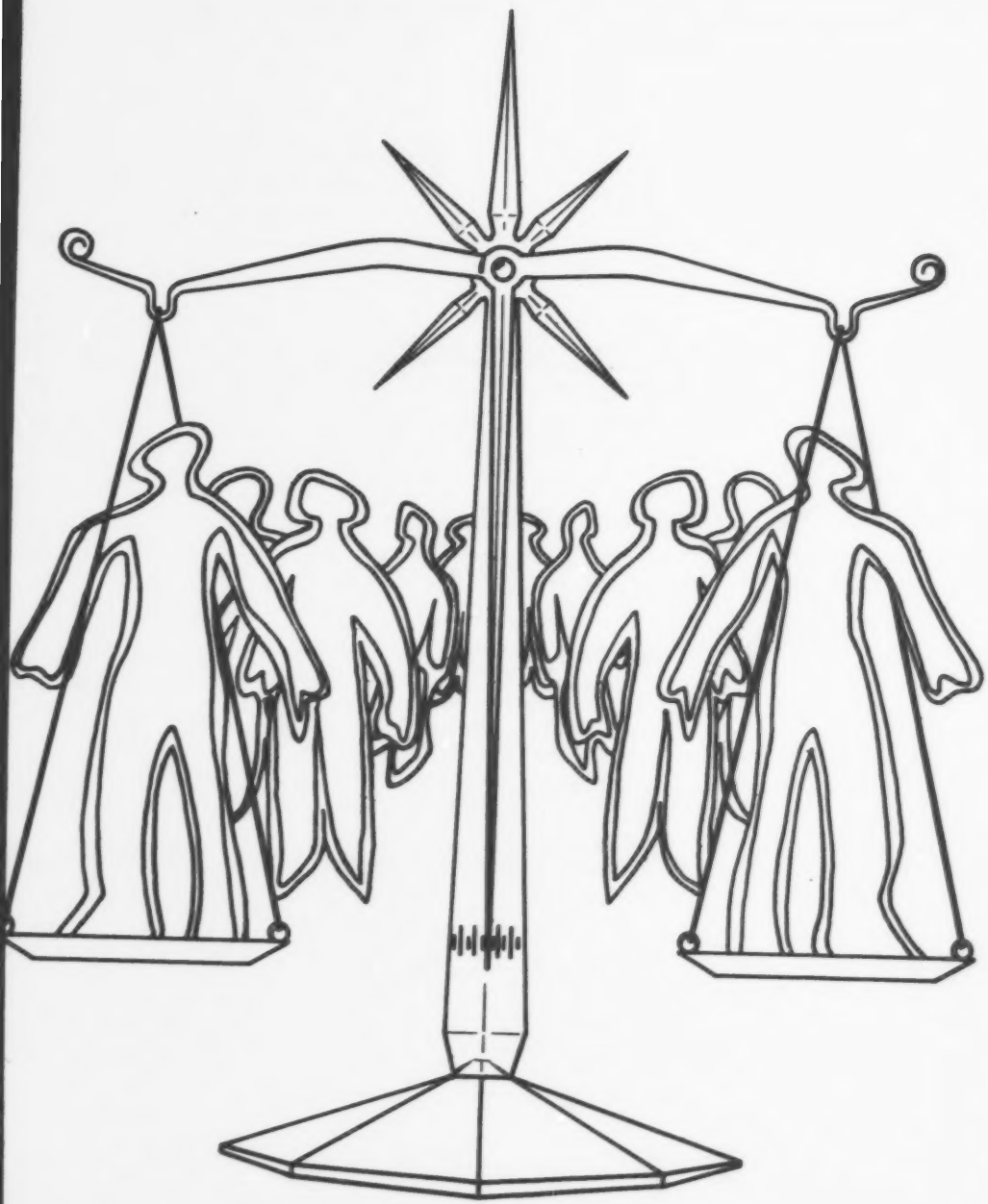
Studies on Divorce (1976)

DROIT DE LA FAMILLE

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

RAPPORT



Comme les horloges, les lois et les institutions...
doivent, de temps à autres, être dépoussiérées et remontées,
puis remises à la bonne heure

BEECHER

© Droits de la Couronne réservés
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire

Prix: Canada: $3.50
Autres Pays: $4.20

N° de catalogue J-31-20/1976

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1976

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

Mars 1976

L'honorable S. R. Basford,
Ministre de la justice,
Ottawa, Ontario

M. le Ministre,

En conformité avec les dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre par les présentes le rapport ainsi que les propositions de la Commission résultant de ses recherches dans le domaine du droit de la famille.

Respectueusement,

E. Patrick Hartt
président

Antonio Lamer
vice-président

J. W. Mohr
commissaire

G. V. La Forest
commissaire

RAPPORT

LE DROIT DE LA FAMILLE

Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
Dr J. W. Mohr, commissaire
Dr Gérard V. La Forest, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté

Conseiller spécial

Edward Ryan

Attachés de recherches

François Chrétien
Ronald Fritz
Barbara Hough
Leslie Katz
Murray Fraser
Julien Payne
Hugh Silverman

Table des matières

Page

Introduction 1

1. Le tribunal de la famille à juridiction intégrale 7
   Recommandations 12

2. La dissolution du mariage 13
   Recommandations 30

3. Aménagements économiques à la dissolution du mariage 37
   Recommandations 44

4. Les enfants et la dissolution du mariage 49
   Recommandations 68

5. Conclusion 75

Introduction

Bien que les Canadiens aient toujours estimé qu'il était évident que la famille occupait dans notre société une place à la fois spéciale et primordiale, à quelques reprises seulement au sur les fondements juridiques de la famille et sur la nature juricours des dernières cent années s'est-on formellement interrogé dique des rapports entre les personnes qui la composent. Les changements sociaux, les changements dans la constitution, la structure, les expectatives et les frustrations des familles et de leurs membres ont donné lieu tout au plus à des palliatifs qui tentaient d'accommoder le droit aux pressions sociales, par exemple en facilitant l'accès au divorce, plutôt qu'à une remise en question de l'image de la famille que reflète le droit. Il est bien possible que cette image soit à présent tellement distante de la réalité que la loi et ses institutions, au lieu de renforcer la famille, l'affaiblissent, particulièrement en situation de crise.

Les familles ne sont pas à prime abord des institutions juridiques. En réalité, dans le cours ordinaire de la vie familiale, on ne songe jamais à recourir au droit pour satisfaire des besoins personnels, économiques ou autres. En situation de crise, cependant, lorsque le réseau des relations et des conventions se desserre et que les ressources personnelles et communautaires ne suffisent plus à soulager les pressions, il en est bien autrement. C'est à ce moment que l'on envisage le recours au droit pour réordonner les rapports de famille; c'est à ce moment aussi que le droit et ses institutions révèlent leurs forces et leurs faiblesses.

Que ces faiblesses existent, on nous l'a fait savoir sans équivoque lorsque nous avons cherché à connaître les domaines où se concentrait l'insatisfaction du public, en vue de mettre au point notre premier programme de recherche. Bien que la Commission était en grande partie orientée vers le droit pénal, la réaction à nos enquêtes a fortement mis en lumière les problèmes du droit de la famille. Bien que la *Loi sur le divorce* avait été révisée et consolidée assez récemment par la loi de 1968 sur le divorce, on a exprimé beaucoup d'insatisfaction quant au processus de divorce lui-même, et quant à ses suites concernant le soutien financier, le partage des biens et la façon dont on traitait les enfants. Cette insatisfaction a été manifestée non seulement par ceux qui subissaient ou avaient subi le processus du divorce mais aussi par des organismes et des professionnels qui s'occupaient de familles en situation de crise, y compris, entre autres, la profession juridique.

Au début de notre travail, il nous est apparu assez rapidement que de graves problèmes se posaient en matière de compétence législative. Le partage constitutionnel des pouvoirs a pour effet le morcellement non seulement des dispositions législatives mais de tout le processus juridique portant sur les cas d'instabilité familiale. Heureusement, divers organismes provinciaux de réforme du droit avaient déjà commencé à œuvrer dans ce domaine et nous avons pu avoir avec la plupart d'entre eux des échanges fructueux.

A l'heure actuelle, on s'accorde presque universellement à dire qu'on ne peut classer artificiellement les problèmes de la famille dans des catégories de responsabilité provinciale et fédérale. Notre premier document de travail, portant sur le tribunal de la famille, n'a pas respecté la ligne de démarcation des compétences législatives, suivant notre façon d'aborder les problèmes d'un angle fonctionnel plutôt que traditionnellement juridique. Nous avons été heureux de constater que bien que bon nombre de problèmes juridictionnels ne soient pas encore résolus, personne n'a cherché à s'attribuer une compétence exclusive dans ce domaine. Une nouvelle conception des tribunaux s'imposait, conception qui permettait au tribunal de se pencher sur toutes les questions mettant en cause la famille et qui favorisait l'arbitrage et la conciliation plutôt que le jugement contradictoire. Bien que chaque province

puisse attribuer à ce tribunal une place différente dans son système judiciaire, les objectifs, la nature et la fonction d'un tel tribunal ne sont plus en cause.

En ce qui regarde la compétence législative, il est bien normal pour un organisme fédéral de réforme du droit de faire porter ses efforts sur la loi fédérale du divorce. Cependant, même s'il est possible de placer le divorce dans une catégorie constitutionnelle du droit fédéral, il n'est pas aisé de l'y maintenir. Une loi se caractérise par ses effets. Le divorce a des effets concrets sur la protection de l'enfance, la propriété et l'obligation alimentaire qui sont des questions de compétence provinciale dans presque tous les contextes sauf celui du divorce. Il serait plutôt stérile de vouloir confiner l'étude de la réforme aux causes de divorce comme si l'on pouvait les isoler de leurs conséquences. Nous avons choisi plutôt d'aborder la question d'une autre façon, en proposant de structurer la dissolution du mariage à partir de ses conséquences économiques et sociales. Plus la question est importante, si elle met en cause des jeunes enfants, par exemple, plus on devrait consacrer de temps et de ressources pour chercher à maintenir l'intégrité des familles, ou si ce n'est pas possible, de réduire le tort que cause invariablement la dissolution du mariage. Si la loi attache beaucoup d'importance aux causes du divorce, telle la faute, elle renforcera très clairement les éléments de contradiction et d'accusation présents dans une situation de crise. Tous ceux qui vivent en famille ou dans n'importe quelle sorte de relation intime savent que ce n'est pas de cette façon que l'on en arrive à une compréhension mutuelle. Cependant une telle compréhension est nécessaire à l'adoption d'une solution constructive et la politique juridique devrait l'envisager comme son but premier. Même la condition de séparation en matière de divorce accentue les divisions.

Il existe des inquiétudes bien légitimes au sujet de la possibilité d'obtenir facilement et rapidement le divorce, par une procédure que l'on a désignée «divorce sur demande». Ce que l'on a trop facilement tendance à oublier, cependant, c'est que la procédure actuelle, une fois que l'on a établi, d'une façon ou d'une autre, les motifs légaux, qui peuvent n'avoir que très peu de rapport, ou pas du tout, avec les problèmes véritables des époux, est une procédure de divorce sur demande. La plupart des divorces ne sont pas contestés, mais, plusieurs d'entre eux se fondent sur un processus

de négociations à la fois cher et nocif qui non seulement brise les familles mais qui dévalorise aussi leurs membres. Le fait que le divorce soit une démarche douloureuse n'a pas pour effet au Canada, de stabiliser les familles. Son seul effet est de causer des souffrances.

La structure juridique actuelle pour le règlement des problèmes concernant les biens et le soutien d'un des époux dans le besoin n'est pas adéquate à la réalité sociale. La loi n'a jamais estimé, par exemple, que le travail ménager pouvait avoir un rapport avec l'acquisition des biens durant le mariage; elle n'a jamais prévu que les femmes pouvaient être indépendantes et prendre en charge leur propre vie. Que les changements dans la place respective des hommes et des femmes dans la société ou dans leurs rapports entre eux soient bons ou mauvais peut être l'objet d'un débat. Que ces changements aient eu lieu n'est pas douteux et le droit doit reconnaître et exprimer ces changements. A l'heure actuelle ce domaine est en évolution, sinon en révolution. Le droit ne peut donc rester immobile et doit pouvoir évoluer de façon créatrice en permettant aux hommes et aux femmes de définir leurs propres rôles dans le mariage et en supportant les choix qu'ils font plutôt qu'en limitant ces choix.

La situation des enfants est encore plus difficile. Bien qu'ils soient protégés par un réseau d'obligations, on ne leur a jamais reconnu un intérêt légal distinct à faire valoir. Ils n'ont pas la possibilité de se faire entendre dans un système qui permet à un de leurs parents de les priver de l'autre parent au motif de l'adultère de celui-ci. Nous ne proposons pas qu'on leur reconnaisse cette possibilité mais nous ne proposons pas non plus le maintien du système actuel. Ce qu'il nous faudrait, c'est un processus qui chercherait à faire la lumière sur les raisons que peut avoir un parent pour agir ainsi, un processus qui permettrait d'entendre les enfants, qui attacherait de l'importance à leurs intérêts et parfois les ferait primer, un processus dans lequel les enfants ne seraient pas considérés comme des pions ou des objets que l'on garde et dont on peut se servir. Bien des parents qui subissent l'expérience de la dissolution de leur mariage ne peuvent percevoir que leurs propres besoins. Le processus de dissolution doit compenser pour cette lacune. Il est également important que les enfants comprennent dans la mesure de leurs moyens (qui sont souvent plus importants

que nous le croyons), quelle est la situation et ce qu'en éprouvent leurs parents. Il est essentiel d'aborder d'une autre façon les problèmes des enfants lors de la dissolution d'un mariage.

Le présent rapport va donc porter surtout sur le changement de notre perception des rapports familiaux et sur le changement des moyens de solution des problèmes de famille. D'abord, nous avons besoin de tribunaux capables d'apporter une aide constructive dans la solution de ces problèmes. Ensuite, il nous faut des structures juridiques qui tiennent compte des conditions actuelles dans leur façon d'envisager les responsabilités et les attentes des membres de la famille d'aujourd'hui. Enfin, nous avons besoin d'un nouveau processus pour régler les problèmes des familles en crise, processus qui ne reconnaîtrait plus ces notions anciennes qui sont maintenant devenues artificielles et même nocives dans le contexte de la vie familiale actuelle au Canada. Ce processus devrait également nous faire mieux comprendre les causes de la dissolution des familles et nous indiquer ce qui est nécessaire pour préserver leur stabilité; cette fonction devrait être, même s'il n'en est pas ainsi à l'heure actuelle, une fonction utile du droit.

Bien que le présent rapport s'adresse au Parlement du Canada, il est bien évident qu'aucun changement ne peut être apporté sans la collaboration étroite des provinces si l'on veut éviter d'aggraver l'état actuel de morcellement. Certaines provinces ont déjà fait des progrès dans ce domaine et d'autres se préparent à entreprendre des changements importants. Le gouvernement du Canada a aussi amorcé des changements mais il faut aller plus loin si l'on veut donner des suites fructueuses à la profusion actuelle des études, des expériences et des explorations.

A part les questions du tribunal de la famille et de la dissolution du mariage, ainsi que le changement de philosophie qu'impliquent nos recommandations ayant trait à ces questions, on doit étudier aussi le mariage, la fiscalité, les droits de pension et bien d'autres domaines encore de façon à mettre au point une politique législative cohérente en ce domaine. Nous espérons que le présent rapport ne constituera qu'une étape initiale dans la facture d'une telle politique pour le Canada.

1. Le tribunal de la famille à juridiction intégrale *

1.1 Le présent rapport propose une nouvelle façon d'aborder les problèmes économiques, émotifs et les problèmes de comportement qui surgissent dans le cadre familial. L'ensemble des modifications au droit de fond et à la procédure que proposent les chapitres suivants, constitue une nouvelle philosophie du droit de la famille. Cette philosophie peut atteindre plus facilement ses objectifs sociaux si elle s'exprime et si on dirige son application dans un système de tribunaux de la famille. Ce système serait constitué par des tribunaux de type nouveau, des procédures nouvelles et des façons nouvelles d'aborder les problèmes de la famille. Le tribunal aurait compétence sur toutes les questions qui relèvent du droit de la famille.

1.2 Les objectifs sociaux que nous avons mentionnés sont la préservation et le renforcement de la famille canadienne et, lorsque ceci s'avère impossible, l'application aux problèmes de la famille de solutions humaines et constructives. Il est difficile de concilier ces objectifs avec les procédures, les structures et les conceptions directrices des tribunaux ordinaires qui sont orientées vers une issue où il y a un gagnant et un perdant. Une telle issue ne reflète pas la véritable nature de plusieurs problèmes importants qui surgissent dans le cadre des rapports familiaux; dans bien des cas elle ne représente pas la meilleure solution que devrait rechercher le droit.

* Ci-après appelé «tribunal de la famille».

1.3 A l'heure actuelle, il peut y avoir jusqu'à quatre ou cinq tribunaux différents dans une seule province qui aient à s'occuper des problèmes juridiques de la famille. La dissolution du mariage soulève un bon nombre de problèmes juridiques, chacun d'entre eux étant susceptible d'être réglé par l'un ou l'autre des tribunaux ordinaires. Il n'existe aucun tribunal qui puisse régler l'ensemble de ces problèmes et bien moins encore les difficultés humaines fondamentales qui leur ont donné lieu. Le tribunal de la famille que nous proposons est nécessaire non seulement pour éviter de disperser dans le système judiciaire les problèmes de la famille, mais aussi pour remplir le besoin d'une institution judiciaire créée spécialement pour traiter la famille comme un organisme intégral.

1.4 Le tribunal de la famille aurait un rôle purement judiciaire lorsqu'il s'agirait d'une décision finale portant sur les droits ou les obligations juridiques des parties. Cependant, ces décisions n'interviennent nécessairement que lorsque les différents sont inconciliables. Les conjoints qui ont de graves problèmes de famille devraient pouvoir recourir (et présentement, ils ne peuvent le faire) à des solutions de rechange valables que le système juridique devrait mettre à leur disposition pour leur permettre d'éviter les procédures contradictoires. Cela signifie que les conjoints devraient avoir accès à un tribunal qui peut se pencher sur des problèmes sociaux sans que ces problèmes aient été d'abord transformés en questions juridiques litigieuses. Le tribunal de la famille constitue une nouvelle conception d'un tribunal qui présente un large éventail de techniques de règlements des différends et qui dispose d'une gamme très étendue de solutions. Les personnes dont les problèmes de famille ont été soumis au système judiciaire n'ont pas présentement accès à ces techniques et ne peuvent bénéficier de ces solutions. Le Tribunal devrait se caractériser plutôt par les services qu'il offre aux gens en vue de leur aider à trouver des solutions consensuelles à leurs problèmes de famille que par ses fonctions judiciaires.

1.5 La compétence en droit de la famille du tribunal de la famille devrait être la plus large possible. Cette compétence devrait comprendre la dissolution du mariage, la question des biens des époux, le soutien des personnes à charge durant le mariage, les questions ayant trait aux enfants et les autres questions économiques

et sociales que l'on peut soulever dans le cadre de la famille et qui nécessitent des solutions juridiques. La question de savoir si les tribunaux de la famille devraient être une division de la Cour supérieure ou une Cour nouvelle et indépendante ne peut recevoir une solution unique, valable pour tout le pays. Cette question doit être résolue à l'intérieur de chaque province. Nous proposons que le gouvernement fédéral s'engage à promouvoir le principe d'un tribunal de la famille afin que les provinces puissent en tenir compte dans les changements qu'ils pourraient vouloir faire dans leur système judiciaire. Cela devrait se faire aussitôt que possible puisque plusieurs provinces ont déjà entrepris de restructurer leurs tribunaux.

1.6 Il appartient aux autorités fédérales en vertu de la constitution, de nommer les juges des Cours supérieures. Nous sommes donc conscients du fait que la création d'un tribunal supérieur pour des questions de droit de la famille peut soulever des problèmes de juridiction, car jusqu'à présent, les provinces ont exercé le pouvoir de nommer des juges compétents pour entendre certaines questions relevant du droit de la famille. Cela ne sera plus possible après la création d'un tribunal supérieur exerçant une compétence intégrale sur le droit de la famille.

Ce problème ne devrait pas, toutefois, empêcher que l'on prenne les moyens qui semblent les plus prometteurs en vue de l'adoption de la forme la plus efficace de tribunal de la famille. On devrait donc prendre des mesures pour régler le problème qui est de nature politique plutôt que constitutionnel. Par conséquent, le gouvernement fédéral devrait entreprendre des consultations avec les provinces sur cette question lorsqu'il s'engagera à promouvoir le principe du tribunal de la famille.

1.7 La principale solution de rechange à une Cour supérieure serait un tribunal de la famille à deux niveaux, qui comprendrait un juge nommé par la province pour entendre toutes les questions qui relèvent de la compétence d'un juge provincial et d'un juge nommé par le gouvernement fédéral pour entendre le reste. A part le fait que ce système ajouterait plusieurs millions de dollars en coûts supplémentaires puisqu'il faudrait payer deux juges plutôt qu'un seul, il semblerait que le système à deux niveaux donnerait moins de satisfaction qu'un système à juge unique. La Commission

royale de Colombie-britannique sur le droit de la famille et de l'enfance a créé un système de tribunal à deux niveaux et après avoir analysé l'efficacité de ce système, a recommandé la création d'un tribunal de la famille constitué d'un juge nommé par le gouvernement fédéral. Nous avons également fait une étude conjointe avec le ministère du solliciteur général du Canada sur les tribunaux de la famille et après mûre réflexion, nous avons conclu qu'un juge unique nommé par le gouvernement fédéral devrait les présider. Il apparaît clairement que l'intérêt public exige que les gouvernements collaborent ensemble afin de mettre sur pied les structures les plus susceptibles de favoriser l'établissement d'un tribunal de famille efficace et bien organisé.

1.8 La mise sur pied du tribunal de la famille nécessitera l'embauchage d'un *personnel auxiliaire compétent* et suffisamment nombreux. Cette division sociale du tribunal relève de l'autorité provinciale. Cette fonction de service beaucoup plus que la fonction judiciaire constituera l'apport premier du tribunal de la famille. Elle lui permettra d'offrir des solutions de rechange valables aux recours judiciaires pour le règlement des problèmes de famille. Le but des services para-juridiques est de protéger et de renforcer la famille lorsqu'il est possible de le faire, sinon, de tenter d'établir une base décente et acceptable permettant aux conjoints en cas de séparation ou de dissolution du mariage, d'en arriver à prendre des mesures nécessaires en ce qui regarde le sort des enfants ou le partage des biens.

1.9 Le tribunal de la famille offrirait des services de consultion ou de conciliation non seulement aux conjoints dont le mariage est en dissolution mais aussi, ce qui est plus important encore, aux époux qui cherchent à éviter ce résultat. Les attributions du tribunal comprendraient non seulement la séparation de corps et la dissolution du mariage, mais aussi le rôle d'agir comme une ressource de la collectivité pour tous les problèmes de famille. La création de ces tribunaux ne voudrait pas dire la création d'installations entièrement nouvelles avec un personnel nouveau. Un grand nombre des services qu'exigerait la création du tribunal de la famille existent déjà dans des programmes gouvernementaux ou communautaires ou comme services auxiliaires des tribunaux de famille actuels. Le changement devrait nécessiter un réaménagement des services en les

concentrant au tribunal de la famille. Qu'ils soient situés au tribunal ou ailleurs dans la localité est une question de coût et de commodité. Ce qui est nécessaire c'est que des services auxiliaires convenables soient mis à la disposition du tribunal et lorsque les circonstances le commandent, relèvent de lui.

1.10 Étant donné les attributions et les fonctions nouvelles du tribunal, il faudra prévoir un financement plus important que pour les tribunaux existants. Bien qu'une grande partie des services soient présentement à la charge de l'état et pourraient relever du tribunal sans entraîner de coûts supplémentaires, il faudra aussi en établir d'autres. Le succès du nouveau tribunal intéresse l'autorité fédérale autant que les provinces et pour cette raison on ne devrait pas laisser ces dernières assumer seules tous les coûts nouveaux.

1.11 On peut s'attendre à ce que les tribunaux de la famille soient établis et assument leurs fonctions judiciaires en vertu de la *Loi sur le divorce* (ou de la loi qui la remplacera) à des époques différentes dans les diverses provinces. Le fait qu'il s'agisse d'un tribunal de famille plutôt qu'un tribunal de divorce entraînera des différences dans la structure et les exigences de ce tribunal d'une province à l'autre, étant donné les exigences diverses des provinces quant à leur droit de la famille et leurs programmes sociaux. On pourra utiliser divers modèles et programmes de services auxiliaires, ce qui permettra à certaines provinces d'aborder de façon nouvelle le problème des jeunes délinquants ou de référer au tribunal de la famille certaines questions en droit pénal ayant trait au droit de la famille. Il se pourrait que les règles relatives aux qualités requises pour être nommé juge par l'autorité fédérale ne puissent s'appliquer dans tous les cas, particulièrement dans le cas de certains juges actuels des tribunaux de famille qui ont de l'expérience et ont fait preuve de leur compétence en matières familiales mais qui ne rencontrent peut-être pas toutes les normes fédérales. Les circonstances entourant la création et le fonctionnement de ces tribunaux pourraient exiger des modifications particulières pour chaque province des diverses lois fédérales. Tout cela exigera que le Parlement adopte une attitude souple et constructive aux besoins et exigences du tribunal de la famille dans chaque province.

1.12 L'Île du Prince-Édouard vient de mettre sur pied une forme de tribunal de la famille et dans la plupart des autres provinces des projets pilotes pour un tel tribunal existent déjà, ou l'on projette d'en établir. Un comité inter-ministériel du gouvernement fédéral s'occupe activement de concert avec plusieurs provinces à résoudre les problèmes de planification. Ce comité contribue également au financement. On devrait accorder la plus haute priorité à ces entreprises de façon à ce que les tribunaux de la famille soient créés le plus tôt possible dans chaque province et chaque territoire.

Recommandations

La Commission recommande:

1. Le ministre de la justice devrait s'engager à promouvoir le principe d'un tribunal de la famille de façon à ce que les provinces puissent compter sur son existence future dans la planification des systèmes judiciaires provinciaux.

2. Le ministre de la justice et les procureurs généraux des provinces devraient prendre des mesures immédiates pour créer dans chaque province une Cour supérieure présidée par un juge nommé par l'autorité fédérale. Ce tribunal aurait une compétence intégrale sur toutes les matières du droit de la famille. Le tribunal devrait avoir une division sociale aussi bien qu'une division juridique, qui offriraient une grande diversité de techniques de règlement pour les problèmes de famille.

3. Le gouvernement fédéral devrait entreprendre avec les provinces des consultations portant sur le choix et la nomination des juges aux tribunaux de la famille, y compris la question de la nomination des juges provinciaux dont les fonctions judiciaires portent à l'heure actuelle sur des questions de famille.

4. Le gouvernement fédéral devrait accepter d'être responsable d'une proportion raisonnable des coûts qu'entraînerait tout nouveau service qu'exigeraient la création et le maintien des tribunaux de la famille.

5. Le Parlement devrait adopter des dispositions législatives à la fois souples et constructives de façon à faire face aux besoins et aux exigences que le tribunal de la famille peut présenter de façon particulière dans chaque province.

2. La dissolution du mariage

2.1 Le droit canadien en matière de divorce est fondé sur le droit anglais et notre *Loi de 1968 sur le divorce* dérive en grande partie du «English Matrimonial Causes Act» de 1857. La loi de 1968 a reconnu plusieurs motifs nouveaux de divorce y compris la séparation pour une période de trois à cinq années. Ce motif marque une conception toute nouvelle du divorce. Il permet quasiment à tous ceux qui veulent divorcer de le faire, ce qui confère à tous les conjoints le pouvoir de décider ou non de conserver leur état civil. Ce motif mis à part toutefois, la loi de 1968 s'inspire en grande partie de la même philosophie et des mêmes postulats sociaux et psychologiques qui ont inspiré son modèle de l'époque victorienne.

2.2 La *Loi sur le divorce* prévoit qu'un «délit matrimonial» peut constituer une cause de divorce. L'adultère et la cruauté sont les fautes les plus courantes. La notion de «fautes matrimoniales» est une notion ecclésiastique adoptée par le «Matrimonial Causes Act» qui permettait de répondre à la question «pour quelle cause et à quelle condition la loi devrait-elle permettre à un conjoint de divorcer?». Cette réponse se basait sur la société telle qu'elle existait en Angleterre il y a cent vingt-cinq ans. Cette réponse pouvait peut-être valoir pour l'Angleterre du dix-neuvième siècle mais le statut du mariage au Canada aujourd'hui est considérablement différent.

2.3 La loi de 1857 donnait au mari, du fait du mariage, des droits sur les biens et le revenu de l'épouse. De son côté, l'épouse jouissait d'une créance alimentaire sa vie durant et sauf révocation par le mari, du privilège d'obtenir des biens suivant leur état et leur rang. Le législateur de l'époque victorienne estimait appliquer aux problèmes économiques découlant du mariage les mêmes solutions juridiques que pour n'importe quel autre problème économique important. On ne devrait priver une personne de ses droits économiques que pour une cause spéciale prenant naissance dans la faute. Cependant, le développement du droit de l'*equity*, les premières manifestations du féminisme et éventuellement l'action législative ont abrogé ces droits du mari. L'abrogation a eu lieu au Canada il y a environ un demi-siècle.

2.4 La réforme de 1968 de la *Loi sur le divorce* et les dispositions parallèles des réformes provinciales ont récusé la notion que les besoins économiques des femmes pouvaient être comblés par le mariage plutôt que par l'égalité socio-économique. La principale justification doctrinale pour l'adoption de la faute comme motif du divorce n'existe donc plus. Cependant la théorie du «Divorce Sanction», solidement incrustée dans la doctrine, la jurisprudence et la pratique, continue de dominer la question de la dissolution du mariage. Le fait de conserver les motifs de faute pour la dissolution du mariage nous laisse devant des obstacles quasi insurmontables à l'élaboration d'une politique juridique satisfaisante relative à la famille.

2.5 Le mariage est chose profondément complexe et subtile, une série de rapports reliés entre eux à travers le temps et les changements de situation. A cause de la nécessité d'imputer une faute à une des parties, la loi s'intéresse à un petit nombre d'incidents qui sont manifestes, alors que les événements qui ont une véritable importance dans le succès ou l'échec d'un mariage demeurent presque toujours dissimulés dans l'intimité de l'interaction psychologique entre les époux. Le maintien du principe qu'il est possible ou souhaitable de «blâmer» une des parties pour la désintégration de la relation personnelle d'un couple aura comme seule conséquence la continuation du dialogue de sourds entre la loi et la réalité.

2.6 La *Loi sur le divorce* prévoit à l'heure actuelle un motif de divorce qui n'est pas lié à la notion de faute. On désigne ordinairement ce motif par l'expression «rupture du mariage» puisque l'échec de la relation personnelle entre les époux en est généralement la cause, encore qu'on y fasse appel dans un petit nombre de cas de séparation de fait pour cause d'emprisonnement ou d'absence d'un des époux, de non consommation du mariage, ou de narcomanie ou d'alcoolisme grave. Certains éléments de la faute y subsistent encore. Le divorce fondé sur la seule séparation ne peut s'obtenir qu'après une période de séparation de corps de trois ans si c'est la partie «innocente» (c.à.d. l'époux qu'on a laissé) et de cinq ans si la partie «coupable» (l'époux qui a laissé l'autre) demande le divorce. La *Loi sur le divorce* ne permet pas le recours à une méthode d'appréhension de la réalité que l'on estime satisfaisante dans d'autres domaines du droit, c'est-à-dire le témoignage assermenté, pour prouver la rupture du mariage. On préfère établir cette rupture en obligeant les époux qui se sont laissés à sacrifier une bonne partie de leur vie d'adulte à l'échec d'une relation personnelle. Environ quarante pour cent de tous les divorces se fondent présentement sur ce motif.

2.7 La règle qui exige la séparation des époux rend le recours fondé sur ce motif beaucoup plus difficile pour les épouses. La plupart d'entre elles sont à la charge de leur mari et n'ont ni les ressources ni la possibilité de quitter leur foyer bien qu'elles puissent trouver intolérable leur situation. Dans la plupart des provinces, si une épouse quitte son mari (à moins qu'elle n'y soit forcée par les délits matrimoniaux de ce dernier), elle n'a plus le droit d'exiger de lui un soutien financier, même si son incapacité de subvenir à ses propres besoins est presque toujours une conséquence d'un rôle conjugal économiquement débilitant. La notion d'un droit assuré au soutien financier temporaire pour des fins de réhabilitation ne peut exister sous le régime de lois conçues pour régler la conduite plutôt que pour rencontrer des besoins. De même, le droit de la propriété de la plupart des provinces fait en sorte que l'épouse n'aura rien qui lui permettra d'installer un nouveau foyer pour elle, ou pour elle et ses enfants; les objets du ménage et les autres biens appartiennent à l'époux qui assure la subsistance. Ainsi la capacité de prendre l'initiative d'une séparation, tout comme la structure économique du mariage,

dépend du sexe. Une épouse qui quitte son mari doit envisager de graves obstacles financiers durant le délai de cinq ans pour le divorce, obstacles que son mari ne rencontrerait pas.

2.8 Il est raisonnable pour la loi de vouloir assurer que les époux soient certains que leur mariage devrait prendre fin. A notre avis, on pourrait arriver à ce résultat de façon plus sûre et plus humaine par des innovations telles qu'un service de consultations rattaché au tribunal de la famille, service qui permettrait d'explorer complètement les problèmes conjugaux, qu'en exigeant que les conjoints se séparent pendant une période très longue. Sous réserve d'une période d'essai de quatre-vingt-dix jours pour fins de réconciliation, la loi exige que les conjoints séparés coupent tous contacts sociaux et familiaux ou on leur refusera le divorce au motif de la rupture du mariage. Il est considérablement plus probable que le divorce aura lieu lorsque des personnes mariées qui ont des problèmes de famille sont séparées que lorsqu'ils demeurent ensemble. Les règles actuelles de la rupture du mariage ont pour effet d'assurer une issue que la loi cherche manifestement à prévenir.

2.9 La philosophie et la pratique du droit relatives à la famille qui est en difficulté conduisent chaque époux à prendre une position accusatoire et partisane. La façon classique d'éviter les graves préjudices économiques et personnels que l'on risque sous le régime de la loi du divorce a été de les infliger à l'autre époux. La loi permet l'emploi de moyens contradictoires bien adaptés à cette fin; elle permet aussi de profiter de l'occasion du divorce pour se venger ou pour obtenir des réparations pour le rejet, pour l'hostilité accumulée et pour les espoirs déçus. Les restrictions du système contradictoire empêchent l'État d'adopter à l'égard des conjoints qui ont des difficultés conjugales sérieuses toute méthode d'approche constructive. Le mariage, l'institution fondamentale de notre société, repose sur des lois et sur des politiques juridiques qui sont orientées vers la victoire et l'exonération d'un époux plutôt que vers la réconciliation du couple. Cette façon d'aborder le problème empêche le système juridique de considérer la rupture de la vie de famille comme un processus dans lequel des interventions thérapeutiques en temps utile et des ajustements pourraient offrir des solutions intermédiaires valables qui permettraient la survie et la régénération de la famille. Le système juridique

devrait prévoir les moyens de préserver les familles aussi bien que de dissoudre les mariages.

2.10 Le système contradictoire toutefois est totalement incompatible avec la solution harmonieuse des différends de famille. On ne devrait pas permettre son utilisation, comme on le fait maintenant, pour augmenter la capacité de nuire des époux en conflit. Le droit et ses institutions devraient aider les époux en difficulté à atteindre une compréhension et une sympathie mutuelle pour leur point de vue et leur sentiment respectif et lorsque le divorce est inévitable, assurer des ententes justes et constructives relativement au soutien financier, à la propriété et aux biens. La méthode d'approche du droit relativement à la famille en difficulté devrait être humaine et lorsque c'est possible, thérapeutique. Au contraire, nous avons au Canada un processus d'autodestruction.

2.11 Nous sommes sensibles aux craintes que l'on exprime parfois concernant les divorces frivoles ou hâtifs, mais la loi générale ne devrait pas être commandée par les abus particuliers. La plupart des gens ont profondément intérêt à établir et à conserver une relation de famille permanente et structurée. Cet intérêt continuera à être l'élément fondamental de la stabilité des familles quel que soit le contenu des lois concernant la dissolution du mariage. A part de permettre des interventions réalistes ayant pour but de favoriser ou le cas échéant de rétablir la stabilité de la famille (orientation que le droit actuel n'admet pas), tout ce que peut faire la loi est d'assurer que le divorce est une mesure solennelle et délibérée.

2.12 Il n'est pas seulement important mais essentiel à la société que les époux qui ont des problèmes de famille tentent de les régler. Malheureusement, la loi actuelle ne prévoit rien dans ce but sinon par la dissuasion qu'exercent les procédés punitifs du divorce. Elle a également pour effet d'encourager les gens à ne pas faire face à leurs problèmes avant qu'il ne soit trop tard. Étant donné l'importance du maintien de la stabilité de la famille, nous estimons qu'il existe des solutions qui réaliseront mieux cet objectif que le droit actuel et qui entraîneront des coûts sociaux et individuels beaucoup moins élevés. Nous croyons également que nous ne devrions pas sacrifier à cet intérêt un autre intérêt

d'importance égale: celui de la vie de chacun des époux, des parents et des enfants qui ont le malheur de faire partie d'une famille en rupture. Ces deux intérêts devraient être assurés et favorisés. On ne peut y arriver sans effectuer des changements considérables à la loi relative à la dissolution du mariage.

2.13 Les éléments essentiels d'une relation conjugale viable ne sont pas définis, créés, réglementés ou préservés par la loi. Nous voulons dire par là des éléments tels la confiance, la collaboration, l'affection, la tolérance, le respect, l'appui émotif, la stabilité psychologique, la sexualité et la générosité. Les lois régissant le mariage présupposent leur existence et n'ont de sens que lorsqu'ils sont présents. Lorsque ces éléments ont disparu, il peut être gravement préjudiciable, non seulement aux personnes en cause mais aussi à la collectivité, d'exiger que les membres de la famille continuent à se fonder sur de telles lois pour la définition des droits et devoirs de chaque époux et de la relation entre les parents et les enfants.

2.14 Le droit devrait réagir à la rupture du mariage en faisant tout en son possible pour aider les personnes à s'accommoder du changement radical de leur situation et pour protéger ceux qui ont subi des préjudices parce qu'ils se sont fondés sur l'espérance que le mariage serait permanent. Nous croyons que la politique juridique devrait favoriser un processus orienté sur les conséquences sociales et économiques de la rupture du mariage pour les conjoints et leurs enfants et fondé sur la recherche de solutions justes et constructives aux problèmes résultant de la dissolution de cette relation humaine fondamentale.

2.15 Ce processus ne devrait pas comme à l'heure actuelle transporter les différends entre mari et femme dans le domaine juridique. Le nouveau processus devrait éviter ce résultat en refusant de sanctionner toute allégation qu'une des parties avait raison et que l'autre avait tort, que l'une était innocente et l'autre coupable, que l'une est digne de louanges et l'autre de blâmes. Il ne devrait y avoir aucune sanction à de telles allégations, ni la sanction du divorce, ni celle de l'avantage pécuniaire, ni une position privilégiée par rapport aux enfants. En refusant de placer les conjoints dans une situation où ils ne peuvent défendre leurs

intérêts qu'en attaquant ceux de l'autre partie, le processus nouveau permettrait des méthodes d'approche que nos lois sur le divorce et les procédures auxiliaires n'ont jamais permis: l'occasion pour un couple d'étudier les possibilités qui lui sont offertes sans une polarisation quant à la question de la dissolution; un processus qui ne menace pas un conjoint de lui faire subir un préjudice s'il transige ou s'il admet avoir agi de façon contestable; une loi qui permet de pardonner et de mettre de côté ces défenses, élément essentiel d'une véritable tentative de réconciliation, sans renoncer à la dissolution au cas d'échec de ces tentatives.

2.16 Le but des changements que nous proposons est de permettre aux époux qui éprouvent une mésentente conjugale grave:

a) d'aborder la question de la dissolution du mariage dans un cadre juridique non accusatoire et non contradictoire;

b) de pouvoir se réconcilier sans renoncer au droit à la dissolution au cas d'échec;

c) d'avoir recours à un processus juridique qui attache de l'importance à la négociation et à l'entente plutôt qu'à la confrontation et au jugement contradictoire relativement aux conséquences économiques de la dissolution et aux mesures à prendre dans le meilleur intérêt des enfants; et

d) d'avoir la protection de nouvelles règles de fond dans plusieurs domaines importants qui sont présentement sujets à des facteurs subjectifs ou discrétionnaires ou par des notions qui créent ou entraînent des distinctions injustes fondées sur le sexe.

2.17 Lorsque les époux ont eu l'occasion de s'entendre quant aux enfants et aux conditions économiques mais n'ont pu le faire, ils devraient pouvoir s'adresser au tribunal pour jugement. De même, le tribunal devrait pouvoir intervenir dans le but d'évaluer la situation de la famille, pour prolonger la période de négociations lorsqu'il en voit l'utilité et lorsque des enfants sont en cause, pour exiger qu'il y ait des négociations sous sa surveillance et pour contrôler les ententes afin d'assurer la protection des droits des enfants. Le divorce pourrait être accordé à la demande de l'un ou l'autre des époux une fois le processus terminé à la satisfaction

du tribunal, le tout dans un délai fixe qui aurait pour but d'éviter le recours à des mesures dilatoires dans les négociations. Le processus devrait être régi par le principe que la loi et ses institutions doivent aider les époux, autant que possible, à établir et à maintenir une bonne relation durant le processus du divorce et même après, en ce qui regarde leurs rapports personnels et financiers ainsi que les questions ayant trait aux enfants du mariage.

2.18 Nous proposons que le seul fondement du divorce soit l'échec des rapports personnels entre le mari et la femme. Nous désignerons désormais cet échec comme «la rupture du mariage». Les doctrines de la «faute matrimoniale» ou du «délit matrimonial» de la «collusion» et de la «connivence» ne devraient plus s'appliquer à l'avenir aux affaires de rupture de mariage.

2.19 Que l'un ou l'autre des époux ou tous deux en arrivent à la conclusion que leur mariage est en état de rupture est une question fort différente de celle de savoir si un tiers jugerait de la même façon en appliquant le critère de l'homme raisonnable. C'est chaque époux et non un personnage fictif qui s'appelle «l'homme raisonnable» qui doit vivre avec l'autre, élever des enfants et contribuer au succès du mariage. Nous proposons donc que la rupture du mariage soit un fait non litigieux susceptible d'être établi de façon concluante par le témoignage d'un seul époux. On devrait établir la rupture du mariage devant le tribunal; telle la célébration du mariage, sa rupture est une mesure juridique très importante qui a des conséquences sociales autant que personnelles. Le prononcé du divorce devrait continuer de relever du tribunal. La fonction du tribunal quant à cet aspect de la dissolution du mariage toutefois devrait être *ministérielle* plutôt que *judiciaire* et l'audience devrait être *formelle* sans être *contradictoire*.

2.20 Nous proposons que le droit relatif à la dissolution du mariage ne fasse plus place aux procédures contradictoires. La procédure devrait être engagée par le dépôt au tribunal d'un avis simple et non-accusatoire de la part d'un des époux, ou de tous deux, de leur intention de demander la dissolution.

2.21 On ne devrait pas exiger du mari et de la femme une séparation comme condition à la dissolution du mariage; le fait de demeurer ensemble ne devrait pas non plus porter préjudice à tous

droits des époux ou nuire de quelque façon à leur situation juridique. Le Parlement devrait déclarer la doctrine du pardon inapplicable à l'avenir à toutes les affaires de rupture du mariage.

2.22 La Cour devrait avoir le pouvoir de prononcer des ordonnances intérimaires de façon à protéger des droits et des intérêts que le droit estime être protégés dans un mariage harmonieux par les liens personnels entre les époux. Le tribunal devrait pouvoir prononcer des ordonnances relatives:

a) au soutien financier de l'époux et des enfants lorsqu'ils sont dans le besoin;

b) à la garde et à l'éducation des enfants et aux droits de visite;

c) à l'interdiction de molester l'époux et les enfants;

d) à l'usufruit et aux droits d'habitation dans la maison conjugale (y compris l'utilisation des meubles);

e) à la prohibition d'enlever, d'aliéner, ou de grever de quelque façon tout bien sur lequel un époux pourrait avoir un droit après un jugement final ordonnant un réaménagement économique en conséquence de la dissolution, même si cet époux n'est pas le propriétaire de ce bien.

2.23 Nous proposons que la loi exige la tenue immédiate d'une réunion «d'évaluation» par le tribunal chaque fois que des procédures de dissolution mettent en cause des enfants. Le tribunal devrait également pouvoir exiger la tenue d'une réunion d'évaluation dans le cadre d'une demande d'ordonnance intérimaire, chaque fois qu'il le juge à propos. Le conseil d'évaluation serait une réunion sans formalité devant le tribunal des parties, d'un représentant du tribunal, d'un membre des services auxiliaires ou d'un service communautaire ou d'une institution désignée par le tribunal.

2.24 Le fondement de la réunion d'évaluation au moment d'une requête pour une ordonnance intérimaire est le fait qu'une telle requête indique que les époux ne peuvent s'entendre sur des questions fondamentales qui doivent être réglées durant le pro-

cessus de la dissolution. Cette réunion d'évaluation aurait pour objet:

a) d'établir si le mari et la femme peuvent s'entendre sur des mesures temporaires ou intérimaires sans saisir le tribunal de ces questions;

b) de mettre le mari et la femme en rapport avec les personnes, les services et les installations que le tribunal ou la collectivité peuvent mettre à leur disposition afin de leur aider à conclure des ententes temporaires durant le processus de la dissolution ainsi que des ententes sur les mesures permanentes à prendre après la dissolution et

c) de mettre le mari et la femme au courant des services de consultation du tribunal ou de la collectivité qui s'occupent de la conciliation, la réconciliation, la séparation et la dissolution du mariage.

2.25 Lorsque des enfants sont en cause, qu'il y ait ou non requête pour une ordonnance intérimaire, le tribunal devrait toujours intervenir immédiatement pour la protection des droits fondamentaux des enfants, droits dont nous proposons la reconnaissance. Ces droits sont le droit au soutien économique et le droit qu'on prenne à leur égard les mesures les plus convenables dans les circonstances relativement à leur garde, leur entretien et leur éducation. Une réunion d'évaluation où des enfants seraient en cause aurait les buts suivants:

a) déterminer si les époux ont pris des dispositions appropriées en ce qui a trait à l'entretien, à la garde, à l'éducation des enfants et au droit de visite pendant la procédure de dissolution et, dans le cas contraire, déterminer si de telles dispositions peuvent faire l'objet d'une entente entre les époux;

b) déterminer s'il est indiqué d'assurer la représentation des enfants par avocat;

c) déterminer si un rapport formel d'enquête par une autorité publique (par exemple un tuteur officiel ou un directeur de la protection de l'enfance) est indiqué;

d) déterminer si une évaluation psychiatrique ou psychologique de la situation est indiquée;

e) mettre le mari et la femme au courant des personnes, services et institutions du tribunal ou de la collectivité qui pourraient les aider à négocier à la fois les dispositions temporaires concernant les enfants durant les procédures de dissolution et les dispositions permanentes applicables au moment de la dissolution;

f) permettre au tribunal de déterminer s'il est nécessaire que les époux se présentent de nouveau soit devant le tribunal, soit devant une personne, un service ou une institution désignée par le tribunal, pour une ou plusieurs séances obligatoires de négociations concernant les enfants, et, le cas échéant, d'en ordonner ainsi; et

g) en général et dans la mesure du possible, aider les époux à éviter par voie de négociation et d'accord une procédure contestée de garde permanente ou provisoire et, de toute autre manière, à éviter d'amener devant le tribunal pour décision judiciaire les questions qui touchent les enfants.

2.26 Dans certains cas on n'aura pas ordonné aux époux de se présenter devant le tribunal ou devant une personne ou un service désigné par le tribunal dans le but de faire évaluer leur situation. Dans de tels cas, on devrait permettre aux époux de s'adresser volontairement à tous les services ou toutes les institutions, relevant ou non du tribunal, qui s'occupent de négociations, de consultations ou de réconciliations. Dans tous les cas, on devrait offrir gratuitement ces services aux conjoints dont le mariage est en dissolution. Bien que notre préoccupation immédiate soit la dissolution du mariage, nous croyons qu'on devrait établir ces services et ces institutions, particulièrement après la création du tribunal de la famille, de façon à ce qu'ils deviennent des ressources communautaires disponibles à toutes les personnes mariées, qu'elles aient ou non entamé des procédures de dissolution.

2.27 Après le dépôt de l'avis d'intention, la prise des dispositions intérimaires relatives aux enfants et le cas échéant, la stabilisation de la situation de la famille par des ordonnances intérimaires du tribunal, le processus devrait être composé des étapes suivantes:

a) on devrait fixer une période de temps minimum pour permettre au mari et à la femme de réfléchir à la possibilité d'une récon-

ciliation et de conclure des accords, s'ils le peuvent, sur des questions litigieuses (c'est-à-dire la question du réaménagement financier final et les mesures permanentes qui sont dans le meilleur intérêt des enfants);

b) si les époux ne se réconcilient pas et qu'on a conclu des accords sur les questions litigieuses, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir demander la dissolution du mariage après l'expiration du délai initial;

c) si l'on ne peut s'entendre sur les questions litigieuses, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir inscrire pour jugement sur ces questions après l'expiration du délai initial;

d) lorsque l'on a demandé soit un jugement ou la dissolution après l'expiration du délai initial, la cour devrait pouvoir convoquer une réunion avec les époux afin d'évaluer les possibilités soit d'une réconciliation, soit de la conclusion d'un accord sur les questions litigieuses après d'autres négociations;

e) après une évaluation de la situation, par voie d'une réunion d'évaluation ou autrement, la cour devrait pouvoir:

(1) procéder à jugement sur les différends qui opposent les époux relativement aux questions financières et aux questions concernant les enfants; ou

(2) remettre le jugement pour une période de temps raisonnable afin de permettre de continuer la négociation sur les questions litigieuses; ou

(3) retarder la dissolution pour une période de temps raisonnable de façon à permettre aux parties de continuer leur tentative de réconciliation;

f) si les époux n'ont pu se réconcilier ou s'entendre sur les questions litigieuses à l'expiration du délai ordonné par le tribunal, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir inscrire pour jugement sur les questions litigieuses; le tribunal devrait pouvoir ordonner une dernière réunion, c'est-à-dire une réunion préalable au procès, et procéder à jugement lorsqu'on ne peut conclure une entente de dernière heure;

g) après le jugement et à l'expiration d'un délai d'appel, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir demander la dissolution;

h) sur preuve de la rupture du mariage telle qu'établie par le témoignage de l'un des époux ou de tous deux au cours d'une

audience de dissolution, le tribunal devrait déclarer le mariage dissous.

2.28 Nous proposons que le Parlement fixe des délais raisonnables dans le processus de la dissolution. Ces délais devraient être fixés à la lumière des facteurs suivants:

a) la nécessité d'éviter une hâte indue vu l'importance de la question de la dissolution du mariage;
b) la nécessité de fixer un délai raisonnable pour la réconciliation, la consultation familiale et l'adaptation des époux;
c) la nécessité de fixer un délai raisonnable pour les négociations ayant trait aux questions financières, au partage de la propriété et aux enfants;
d) la possibilité pour le tribunal de modifier ces délais dans des limites raisonnables pour les adapter aux besoins de chaque affaire;
e) l'élimination des délais inutiles; et
f) la création de limites maximum afin de prévenir les mesures purement dilatoires.

2.29 Afin d'illustrer la suite des démarches fondamentales du processus que nous proposons dans le cadre de délais fixes, nous avons construit le tableau suivant:

Délai	Les diverses démarches
Commencement du processus	Un des époux dépose un avis de son intention de demander la dissolution.
Immédiatement lorsque les enfants sont en cause ou lorsqu'il y a une requête pour une ordonnance intérimaire	Le tribunal doit convoquer une réunion d'évaluation portant sur la situation des enfants; il peut convoquer une réunion d'évaluation dans le cas d'une requête pour une ordonnance intérimaire.
Au moins six mois après le dépôt de l'avis	Lorsque les époux ne peuvent se réconcilier mais peuvent s'entendre sur des questions litigieuses (les réaménagements économiques et les questions relatives aux enfants) l'un ou l'autre peut demander la dissolution. Après une audience où l'on fait la preuve de la rupture du mariage, preuve qui peut se faire de façon concluante par le témoignage d'au moins un époux, on prononce la dissolution du mariage.

Délai	Les diverses démarches
Au moins six mois après le dépôt de l'avis	Lorsque les époux ne peuvent se réconcilier et ne peuvent s'entendre sur les questions litigieuses l'un ou l'autre d'entre eux peut inscrire pour jugement. Le tribunal, après évaluation, peut soit juger les questions litigieuses, après quoi intervient la dissolution, soit retarder le procès afin de permettre la continuation des tentatives de conclure un accord sur les questions litigieuses.
Douze mois après le dépôt de l'avis	Lorsque les époux sont encore incapables de se réconcilier ou de s'entendre sur les questions litigieuses, l'un ou l'autre d'entre eux peut demander au tribunal de juger les questions ou le cas échéant demander la dissolution.
Un mois après jugement ou après la décision d'inscrire pour dissolution	On tient une audience de dissolution et après la preuve de la rupture du mariage, preuve faite de façon concluante par le témoignage d'au moins un époux, on prononce la dissolution du mariage.

2.30 Dans les procédures de dissolution le tribunal aura à la fois des fonctions judiciaires et des fonctions ministérielles. Les fonctions les plus importantes sont les suivantes:

a) de tenir une réunion d'évaluation relativement aux enfants et d'ordonner lorsqu'il le juge à propos, la tenue d'une enquête par les autorités publiques, des évaluations psychiatriques ou psychologiques, la représentation par avocat des enfants et la négociation obligatoire sous le contrôle du tribunal;

b) lorsqu'il le juge à propos, la tenue d'une réunion d'évaluation dans le cas d'une requête pour une ordonnance intérimaire;

c) de rendre des ordonnances intérimaires qui s'appliquent durant les procédures de dissolution;

d) de contrôler et d'évaluer, lorsqu'il le juge à propos, les ententes conclues en vue de la garde, de l'entretien et de l'éducation des enfants et de leur soutien financier afin d'assurer que ces ententes sont dans le meilleur intérêt des enfants et respectent leur bien-être physique et psychique; lorsque le tribunal estime que l'on n'a pas respecté les intérêts des enfants, de soumettre la question aux époux pour qu'ils entreprennent d'autres négociations ou qu'ils inscrivent pour jugement;

e) de confirmer par ordonnance les ententes conclues en vue de la garde, de l'entretien, de l'éducation et du soutien financier des enfants du mariage;

f) de confirmer par ordonnance les ententes conclues relativement au partage de la propriété et au règlement de toutes les questions concernant les titres ou la possession de la propriété ainsi que les ententes conclues visant le soutien financier d'un époux dans le besoin;

g) lorsqu'il le juge à propos, d'ordonner la tenue d'une réunion d'évaluation quand les époux ne peuvent se réconcilier ou s'entendre sur les questions litigieuses et de décider si les époux devraient faire d'autres tentatives de réconciliation ou d'accord sur les questions litigieuses ou si la cause devrait être inscrite pour jugement ou pour dissolution;

h) de rendre jugement sur la garde, l'entretien, l'éducation des enfants et leur soutien financier lorsque les époux ne peuvent s'entendre sur des dispositions qui sont dans le meilleur intérêt de ces enfants;

i) de rendre jugement quant au partage de la propriété et au règlement de toutes les questions ayant trait au titre ou à la possession de la propriété et du soutien financier d'un époux dans le besoin lorsque les époux n'arrivent pas à s'entendre sur ces questions;

j) lorsqu'il le juge à propos, d'ordonner la tenue d'une réunion antérieure au procès lorsqu'il devient nécessaire de juger; et

k) d'ordonner la dissolution du mariage lorsque toutes les démarches du processus de dissolution ont eu lieu.

2.31 Le processus que nous proposons devrait respecter:

a) le droit de chaque époux d'obtenir des conseils juridiques indépendants;

b) le droit des époux de négocier par eux-mêmes les réaménagements financiers et les dispositions relatives aux enfants en sus de toutes négociations durant les réunions obligatoires ou les autres séances auxquelles participent les deux époux; et

c) le droit de chaque époux de se faire accompagner par un avocat à toutes réunions obligatoires ou à toutes autres séances auxquelles participe l'autre conjoint.

2.32 Le processus que nous proposons permet un niveau d'engagement personnel de la part des époux beaucoup plus élevé que ne le fait l'actuelle loi du divorce. Cette orientation est à l'avantage des époux eux-mêmes. Certaines personnes engagées dans le processus de la dissolution ne seront pas intéressées à étudier sérieusement la possibilité d'une réconciliation; d'autres préféreront le procès à la conciliation et à la négociation. Bien des gens préféreront toutefois avoir recours aux moyens proposés afin d'éviter la traditionnelle confrontation par les avocats ou devant le tribunal. Qu'ils le fassent ou non ne dépend que d'eux-mêmes sauf lorsque des enfants sont en cause.

2.33 La loi peut offrir, et elle devrait le faire, sans être manipulatrice ou coercitive, des alternatives; l'actuelle *Loi sur le divorce* ne le fait pas. De même que sous le régime de la présente loi, un époux aura toujours à envisager la possibilité que le défaut de participer ou de présenter l'autre version peut avoir comme résultat une décision contraire à ses intérêts. On doit toutefois reconnaître que la loi ne peut obliger les époux à participer à des consultations, à de la thérapie ou à des séances de réconciliation et assurer le succès de ces entreprises. La participation volontaire est une condition de leur efficacité. Les époux pourraient choisir de ne pas y participer et de poursuivre le processus de la dissolution par avocats comme on le fait généralement maintenant sous le régime de la *Loi sur le divorce*.

2.34 Le tribunal, lorsqu'il le juge à propos, devrait avoir le pouvoir de ne pas exiger la comparution d'un des époux à n'importe quelle étape du processus. Cette disposition serait nécessaire pour prévoir les situations qui se produisent par exemple lorsque les époux habitent des régions différentes dans le Canada, lorsqu'un des époux est emprisonné, ou lorsqu'un époux ne comparaît ni personnellement ni par avocat, ce qui se produit à l'heure actuelle dans les actions de divorce non contestées. De plus, il se présentera des cas où les époux ont réussi à s'établir chacun de leur côté de façon apparemment permanente et demandent la dissolution pour régulariser leur statut juridique plutôt que pour obtenir l'assistance de la loi pour régler des problèmes d'argent, de propriété ou ayant

trait aux enfants. De telles situations, toutefois, ne posent pas de problèmes importants. La réforme devrait viser des situations comme celles des époux qui habitent la même localité, qui n'ont pas décidé de façon absolue de dissoudre leur mariage, qui sont peut-être malheureux et peut-être indécis quant à leurs sentiments, qui veulent prendre la meilleure solution pour leurs enfants et qui ne veulent pas être traumatisés ou blâmés. Les personnes qui appartiennent à cette catégorie pourront prendre avantage (et sans doute le feront-ils) de l'occasion que donne le processus que nous proposons pour étudier la possibilité d'une réconciliation et d'obtenir de l'aide pour trouver des solutions convenables aux problèmes que leur cause à eux et à leurs enfants la rupture du mariage.

2.35 La proposition ne préconise pas le divorce «facile» ou «rapide». Qu'il soit plus facile et plus rapide ou plus lent et plus ardu variera d'une affaire à l'autre. Dans tous les cas cependant la réponse à cette question dépendra de facteurs tels que la capacité des époux de faire face aux conséquences de leurs actions pour eux-mêmes et leurs enfants et non de considérations comme le droit actuel à un divorce immédiat pour des motifs de faute ou l'exigence actuelle d'une attente de plusieurs années que le droit impose comme garantie que le mariage est réellement en état de rupture. La proposition ne diffère aucunement de la loi actuelle quant à la décision d'un des époux de mettre un terme à la vie conjugale. Son effet, conjugué avec celui des changements des règles de fond que recommandent les chapitres suivants sera de restreindre l'utilisation par les époux dans les négociations d'avantages arbitraires découlant de la faute ou du comportement pour le règlement des questions ayant trait aux enfants et aux conséquences économiques du mariage. Il est difficile de se livrer à des comparaisons de ce qui existe présentement et de ce que nous proposons à cause de la différence fondamentale des conceptions et de la philosophie. Plutôt que de tenter cette comparaison nous proposons que l'on évalue les deux méthodes d'approche en appliquant un seul critère que personne ne peut contester: la nécessité de fonder le droit canadien sur une politique rationnelle, humaine et socialement valide de la famille.

Recommandations

La Commission recommande:

1. Le seul fondement de la dissolution du mariage devrait être l'échec de la relation personnelle entre le mari et l'épouse. (Nos recommandations désignent cet échec par l'expression «rupture du mariage».)

2. Le Parlement devrait déclarer inapplicables à l'avenir à la dissolution du mariage les doctrines de la faute matrimoniale, du délit matrimonial, de la collusion et de la connivence.

3. La rupture du mariage devrait être une question non litigieuse; le témoignage d'un seul des époux devrait en être une preuve concluante.

4. Le droit relatif à la dissolution du mariage devrait éliminer toutes les procédures contradictoires; l'un ou l'autre des époux ou tous deux devraient pouvoir commencer le processus de la dissolution par le dépôt au tribunal d'un avis simple et non-accusatoire de leur intention de demander la dissolution.

5. Le prononcé de la dissolution du mariage devrait être un acte ministériel du tribunal, accompli lors d'une audience formelle mais non-contradictoire.

6. On ne devrait pas exiger que le mari et la femme se séparent comme condition de leur droit d'engager le processus de la dissolution du mariage; le fait que les époux ne se soient pas séparés ne devrait pas préjudicier à aucun de leurs droits ou nuire autrement à la situation juridique de l'un ou de l'autre.

7. La règle du pardon ne devrait pas s'appliquer à l'avenir aux affaires de rupture du mariage.

8. Le tribunal devrait être compétent pour rendre des ordonnances temporaires relatives

a) au soutien financier des enfants et d'un époux dans le besoin;
b) à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants et au droit de visite;
c) à la prohibition de molester un époux et les enfants;

d) à l'usufruit et aux droits d'habitation de la résidence conjugale (y compris le droit d'utiliser ses meubles); et

e) à la prohibition d'aliéner, de soustraire à la juridiction du tribunal ou de grever tout bien qui pourrait faire l'objet d'un droit accordé par le tribunal au moment de la dissolution à l'époux qui n'est pas le propriétaire de ce bien.

9. Que la loi exige, lorsque des enfants sont en cause, que l'on tienne immédiatement une réunion sans formalité des parties, une «réunion d'évaluation», devant le tribunal, à laquelle assisterait un représentant du tribunal, un membre des services auxiliaires ou d'une institution communautaire désignée par le tribunal. Cette réunion aurait pour but de:

a) déterminer si les époux ont pris des dispositions appropriées en ce qui a trait à l'entretien, à la garde, à l'éducation des enfants et au droit de visite pendant la procédure de dissolution et, dans le cas contraire, déterminer si de telles dispositions peuvent faire l'objet d'une entente entre les époux;

b) déterminer s'il est indiqué d'assurer la représentation des enfants par avocat;

c) déterminer si un rapport formel d'enquête par une autorité publique (par exemple un tuteur officiel ou un directeur de la protection de l'enfance) est indiqué;

d) déterminer si une évaluation psychiatrique ou psychologique de la situation est indiquée;

e) mettre le mari et la femme au courant des personnes, services et institutions du tribunal ou de la collectivité qui pourraient les aider à négocier à la fois les dispositions temporaires concernant les enfants durant les procédures de dissolution et les dispositions permanentes applicables au moment de la dissolution;

f) permettre au tribunal de déterminer s'il est nécessaire que les époux se présentent de nouveau soit devant le tribunal, soit devant une personne, un service ou une institution désignée par le tribunal, pour une ou plusieurs séances obligatoires de négociation concernant les enfants, et, le cas échéant, d'en ordonner ainsi; et

g) en général et dans la mesure du possible, aider les époux à éviter par voie de négociation et d'accord une procédure con-

testée de garde permanente ou provisoire et, d'autre part, éviter d'amener devant le tribunal pour décision judiciaire les questions qui touchent les enfants.

10. Que dans le cas d'une requête pour une ordonnance temporaire la cour puisse ordonner la tenue d'une réunion d'évaluation qui aurait les objets suivants:

a) d'établir si le mari et la femme peuvent s'entendre sur des mesures temporaires ou intérimaires sans saisir le tribunal de ces questions;

b) de mettre le mari et la femme en rapport avec les personnes, les services et les installations que le tribunal ou la collectivité peuvent mettre à leur disposition afin de leur aider à conclure des ententes temporaires durant le processus de la dissolution ainsi que des ententes sur les mesures permanentes à prendre après la dissolution; et

c) de mettre le mari et la femme au courant des services de consultation du tribunal ou de la collectivité qui s'occupent de la conciliation, la réconciliation, la séparation et la dissolution du mariage.

11. Que l'on permette aux époux engagés dans le processus de dissolution d'avoir recours gratuitement à tous les services offerts par le tribunal ou par son entremise et qui s'occupent de négociations, de consultations ou de réconciliations.

12. Que dans l'impossibilité de conclure un accord relatif à un réaménagement économique et aux dispositions qui respectent l'intérêt des enfants, ces questions soient considérées des questions litigieuses.

13. Le processus de dissolution devrait:

a) permettre aux époux d'étudier la possibilité d'une réconciliation sans préjudice à leur droit à la dissolution si cette possibilité ne s'avère pas fructueuse;

b) mettre l'accent sur la négociation et la conclusion d'ententes sur les questions litigieuses;

c) permettre au tribunal d'intervenir et d'évaluer la situation à certains points critiques du processus;

d) soumettre les questions litigieuses en jugement si l'on ne peut s'entendre à l'amiable dans un délai raisonnable; et

e) prévoir la dissolution du mariage au terme de toutes les démarches du processus.

14. Après le dépôt de l'avis d'intention, la prise des dispositions intérimaires relatives aux enfants et le cas échéant, la stabilisation de la situation de la famille par des ordonnances intérimaires du tribunal, le processus devrait être composé des étapes suivantes:

a) On devrait fixer une période de temps minimum pour permettre au mari et à la femme de réfléchir à la possibilité d'une réconciliation et de conclure des accords, s'ils le peuvent, sur des questions litigieuses (c'est-à-dire la question du réaménagement financier final et les mesures permanentes qui sont dans le meilleur intérêt des enfants).

b) Si les époux ne se réconcilient pas et qu'on a conclu des accords sur les questions litigieuses, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir demander la dissolution du mariage après l'expiration du délai initial.

c) A défaut d'accord sur les questions litigieuses l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir soumettre les questions au jugement.

d) Lorsque l'on a demandé soit un jugement ou la dissolution après l'expiration du délai initial, la cour devrait pouvoir convoquer une réunion avec les époux afin d'évaluer les possibilités soit d'une réconciliation, soit de la conclusion d'un accord sur les questions litigieuses après d'autres négociations.

e) Après une évaluation de la situation, par voie d'une réunion d'évaluation ou autrement, la cour devrait pouvoir:

(1) procéder à jugement sur les différends qui opposent les époux relativement aux questions financières et aux questions concernant les enfants; ou

(2) remettre le jugement pour une période de temps raisonnable afin de permettre de continuer la négociation sur les questions litigieuses ou

(3) retarder la dissolution pour une période de temps raisonnable de façon à permettre aux parties de continuer leur tentative de réconciliation.

f) Si les époux n'ont pu se réconcilier ou s'entendre sur les questions litigieuses à l'expiration du délai ordonné par le tribunal, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir inscrire pour jugement sur les questions litigieuses; le tribunal devrait pouvoir ordonner une dernière réunion c'est-à-dire une réunion préalable au procès, et procéder à jugement lorsqu'on ne peut conclure une entente de dernière heure.

g) Après le jugement et à l'expiration d'un délai d'appel, l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir demander la dissolution.

h) Sur preuve de la rupture du mariage telle qu'établie par le témoignage de l'un des époux ou de tous deux au cours d'une audience de dissolution, le tribunal devrait déclarer le mariage dissous.

15. Qu'on assujettisse à des délais raisonnables le processus de la dissolution à la lumière de facteurs tels que:

a) la nécessité d'éviter une hâte indue vu l'importance de la question de la dissolution du mariage;

b) la nécessité de fixer un délai raisonnable pour la réconciliation, la consultation familiale et l'adaptation des époux;

c) la nécessité de fixer un délai raisonnable pour les négociations ayant trait aux questions financières, au partage de la propriété et aux enfants;

d) la possibilité pour le tribunal de modifier ces délais dans des limites raisonnables pour les adapter aux besoins de chaque affaire;

e) l'élimination des délais inutiles; et

f) la création d'une limite maximum afin de prévenir les mesures purement dilatoires.

16. Que le processus que nous proposons respecte:

a) le droit de chaque époux d'obtenir des conseils juridiques indépendants;

b) le droit des époux de négocier par eux-mêmes les réaménagements financiers et les dispositions relatives aux enfants en sus de toutes négociations durant les réunions obligatoires ou les autres séances auxquelles participent les deux époux; et

c) le droit de chaque époux de se faire accompagner par un avocat à toutes les réunions obligatoires ou à toutes les autres séances auxquelles participe l'autre conjoint.

17. Que le tribunal puisse, lorsqu'il le juge à propos, permettre à un époux de ne pas être présent à n'importe quelle étape du processus.

3. Aménagements économiques à la dissolution du mariage

3.1 Autant qu'une relation personnelle, le mariage est une mesure économique, une façon de pourvoir aux besoins financiers de tous les membres de la famille qui n'ont pas d'emploi rémunéré. Les biens acquis par l'un ou l'autre des époux sont le plus souvent utilisés sans égard à leur propriété. La plupart des services nécessaires à la famille sont généralement fournis sans frais par des membres de la famille, et non pas contre rémunération par des personnes de l'extérieur.

3.2 Du point de vue économique, il y a trois rôles principaux dans la famille: le soutien financier, l'entretien du ménage et le soin des enfants. En règle générale, on s'acquitte du premier en exerçant un emploi rémunéré à l'extérieur du foyer qui permet tout simplement de fournir de l'argent à la famille ou pour les besoins de la famille. Les deux derniers impliquent des travaux et services accomplis au foyer. Selon le schème culturel traditionnel au Canada, ces rôles sont répartis selon des critères sexuels: on s'attend à ce que l'homme soit le gagne-pain, tandis que la femme veille à l'entretien du ménage et au soin des enfants. Cette attente est également dans la plupart des cas inscrite dans le droit de la famille au Canada. Puisque la loi assortit les diverses fonctions familiales de conséquences économiques différentes, il s'ensuit que les conséquences économiques de la dissolution du mariage se répartissent de façon inégale selon les sexes. Nous croyons que ceci est mauvais pour deux raisons. Premièrement, la loi ne devrait pas accorder ou refuser des droits importants en matière de finance

ou de propriété pour des raisons qui reposent en dernière analyse sur le sexe du conjoint: des lois qui aboutissent régulièrement à une discrimination économique fondée sur le sexe sont tout aussi injustes que des lois qui créent intentionnellement de tels résultats. Deuxièmement, la loi devrait accorder un traitement égal aux deux époux en matière économique quel que soit la rôle assumé dans la famille.

3.3 La loi actuelle, reposant sur la tradition culturelle, comporte aussi d'autres conséquences malheureuses. Aussi longtemps qu'il sera accepté que le mariage, de par la loi, subvient aux besoins des femmes, il sera également accepté que l'économie accorde aux hommes une priorité équivalente. La loi amène ce résultat de deux façons fondamentales: la structure économique du mariage est déterminée par des critères sexuels, et il n'y a aucune alternative cohérente à la tradition juridique qui veut qu'au moment du divorce les droits financiers soient déterminés en fonction du sexe. La conception juridique actuelle de l'économie du mariage a également des effets contraignants malencontreux sur les occasions, les horizons et les choix qui s'ouvrent à chacun. Ce serait une simplification à outrance de phénomènes culturels complexes que de dire que la loi, et en particulier le droit de la famille, est «responsable» d'une discrimination sexuelle néfaste dans la société. Mais il est évident que les classifications juridiques et qui sont fondées sur des critères sexuels qui gouvernent la relation sociale et économique primaire entre les sexes nuisent sérieusement à tout progrès réel dans la voie de l'élimination de cette discrimination.

3.4 Le fait culturel (généralement assorti d'une exigence juridique) que les hommes sont la source principale de soutien financier pour la famille implique que, au moment du divorce, les maris sont les propriétaires de la plupart des biens acquis durant le mariage. Ceci découle du droit de propriété de la plupart des provinces (mais non de toutes), qui ne tient pas compte de l'état civil du propriétaire. La règle voulant que les biens appartiennent à la personne qui a fourni l'argent pour les acheter s'applique sans égard au fait que le propriétaire soit célibataire ou marié.

La quantité de biens appartenant à chaque époux au moment de la dissolution du mariage varie donc selon que l'époux avait un travail à l'extérieur ou s'occupait des enfants et du ménage. Quand les deux époux ont un revenu, il est fréquent que l'un des deux se charge de l'hypothèque et autres paiements du même genre alors que l'autre se charge de l'achat des biens de consommation. Dans plusieurs provinces, des lois visant à mettre les épouses à charge à l'abri de la pleine responsabilité contractuelle ont produit une restriction du crédit disponible aux femmes mariées qui, par suite de ces lois, constituent un plus grand risque pour les prêteurs. Il s'ensuit que ce sont plutôt les maris qui achètent les biens familiaux majeurs et durables (c'est-à-dire les biens achetés au moyen d'hypothèques ou autres contrats à crédit) et sont ainsi propriétaires des biens au moment de la rupture du mariage. Seuls le Québec, la Colombie-britannique et les Territoires du Nord-Ouest ont des doctrines juridiques qui appliquent aux époux dans de tels cas, les règles de société plutôt que les classiques de propriété.

3.5 Avant 1968, la loi canadienne du divorce supposait que l'épouse était toujours le conjoint financièrement dépendant. Les anciennes règles de soutien accordaient un revenu à vie à la femme «innocente» et punissaient la «coupable» en ne lui accordant rien. La règle actuelle de la loi sur le divorce ne suppose pas la dépendance de la femme, mais elle ne fournit pas non plus de justification nouvelle pour remplacer les raisons traditionnelles justifiant qu'un époux continue de donner de l'argent à l'autre après que le divorce a mis fin à tous les autres aspects de la relation. Il n'y a rien dans l'ancienne jurisprudence qui puisse permettre à un tribunal d'établir le but du soutien après le divorce, car tout ce droit reposait sur l'acceptation de la prémisse que les hommes doivent faire vivre les femmes. Il est évident que ceci n'est pas satisfaisant, non plus que l'absence de toute politique législative quant au montant et à la durée du soutien.

3.6 Nous avons étudié les autres faiblesses des concepts de propriété et de soutien qui s'appliquent au moment du divorce avec beaucoup plus de détails dans nos Documents de travail portant sur ces sujets, et nous n'entendons pas les répéter ici. Ce que nous

voulons souligner, c'est que les aspects économiques de la loi portant sur la dissolution du mariage devraient traiter la famille comme une entreprise conjointe, traiter les deux époux comme des égaux, et accorder une valeur égale au rôle de chacun des époux.

3.7 Les réformes de 1968 n'ont pas réussi à éliminer de façon efficace les inégalités juridiques traditionnelles en matière de soutien; elles les ont même perpétuées d'une certaine façon en conservant le critère de la conduite. De même, l'inégalité provenant du fait que les considérations de propriété des biens immobiliers soient isolées des autres conséquences économiques du mariage et du divorce a aussi survécu aux changements récents. Le parlement n'a pas inclu de réformes en matière de biens dans la *Loi sur le divorce* votée en 1968 en vertu de ses pouvoirs sur le mariage et le divorce, et seules certaines provinces ont depuis utilisé leur pouvoir de juridiction sur la propriété et le droit civil pour créer de nouveaux systèmes de lois s'appliquant spécifiquement aux propriétaires mariés.

3.8 Il ne faudrait plus que la tradition classique de la propriété, conservée dans certaines provinces, puisse, par voie de conséquence directe de la loi fédérale sur le divorce, désavantager sérieusement les personnes de ces provinces qui ont décidé de se consacrer à l'éducation des enfants et aux soins du ménage plutôt que d'assumer un emploi rémunéré. Le contenu des lois provinciales ne devrait pas non plus continuer d'obliger les juges qui essaient de rendre justice en vertu des lois fédérales à se servir des allocations de soutien comme contrepoids aux inégalités de la répartition des biens. La loi fédérale devrait tout simplement faire directement ce qu'elle a fait indirectement et donner aux tribunaux le pouvoir d'établir une jurisprudence cohérente en matière d'aménagements économiques au moment de la fin d'un mariage.

3.9 Le Parlement devrait donc assurer que les conséquences économiques de la dissolution du mariage ne diffèrent pas de celles qui s'appliquent à la dissolution d'autres formes d'entreprise conjointe où l'on constate une spécialisation des fonctions en vue d'un but commun. Le point de départ de la réforme devrait être

que la responsabilité juridique des trois principaux rôles économiques dans le mariage, le soutien financier, l'entretien du ménage et le soin des enfants, incombe également aux deux partenaires. La loi ne devrait pas préjuger la façon de répartir ces fonctions, et si elles sont divisées, les résultats économiques devraient être égaux.

3.10 Aucune personne mariée ne devrait être avantagée ou désavantagée par son rôle dans la famille à l'égard des biens acquis après la date du mariage. Là où cela n'est pas assuré par la loi provinciale (en vertu de règles de propriété particulières applicables aux propriétaires mariés), la loi fédérale devrait s'en charger au chapitre des conséquences économiques de la dissolution du mariage. Chaque palier de gouvernement a la compétence constitutionnelle nécessaire pour atteindre l'objectif visé. La constitution accorde aux provinces le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droit civil; à notre avis, ceci ne saurait raisonnablement s'interpréter comme signifiant que le pouvoir du Parlement de légiférer sur les conséquences économiques du divorce se limite à ce qui était considéré juste et nécessaire en vertu des normes de mariage et de divorce existant au moment de la Confédération. Ces normes doivent être soumises au dynamisme de la justice. Toute constitution est une partie vivante d'une culture en devenir, non un monument éternel au passé.

3.11 Nous proposons que le Parlement prescrive une norme fondamentale d'égalité en matière de biens à la dissolution du mariage et qu'il accorde aux juges le pouvoir nécessaire pour atteindre cet objectif au moyen de la loi fédérale. Comme cela se fait en d'autres domaines de la législation fédérale, par exemple la *Loi sur le dimanche*, le Parlement devrait prévoir la possibilité de programmes législatifs provinciaux intégrant à l'ensemble du droit de la province des régimes spéciaux (et non orientés vers le divorce) de partage des biens. Le Parlement devrait aussi assurer que l'on respecte les désirs des époux qui ont choisi le régime de séparation de biens (c'est-à-dire le non-partage) là où la loi provinciale leur offre le choix, ou qui ont pris des dispositions contractuelles particulières.

3.12 Le principe fondamental voulant que le soutien financier, le soin des enfants et l'entretien du ménage constituent également la responsabilité des deux époux devant la loi amène à considérer le soutien financier à la dissolution du mariage comme un droit assuré du conjoint qui a des besoins financiers découlant de l'expérience du mariage. Ceci est lié tout d'abord, mais non exclusivement, au partage des tâches au sein de la famille. Ce principe contredit la tradition juridique selon laquelle le soutien après le divorce peut être annulé ou restreint si la conduite de l'époux dépendant n'est pas «satisfaisante».

3.13 La *Loi sur le divorce* de 1968 comporte à cet égard un défaut grave et qui doit être corrigé. Avant cette loi, le droit au soutien après le divorce ne pouvait se perdre que si un juge déterminait, d'après des règles de droit connues, établies et préexistantes, que l'époux requérant avait commis un délit matrimonial. Ceci était arbitraire, mais certain. La loi de 1968 permet au tribunal d'accorder le soutien dans tous les cas, mais il en est résulté une règle à la fois arbitraire et incertaine. La loi oblige maintenant le tribunal à fonder l'octroi du soutien sur son évaluation de la conduite des époux en plus de l'étude de leur situation, de leurs moyens et de leurs conditions de vie. Ceci signifie que l'époux qui demande le soutien voit les implications financières de son expérience matrimoniale soumises à l'incertitude d'une évaluation de sa conduite fondée sur les critères, quels qu'ils soient, que le juge estime les plus valables. La norme de conduite n'est pas définie par la loi, non plus que la nature des rapports entre la conduite et les droits financiers. Ces deux questions sont, aux termes du jugement d'une cour d'appel, soumises «à la discrétion entière et absolue» du juge de première instance. Ces normes de nature fondamentalement subjective n'ont pas la certitude qui est essentielle pour que soient décidées avec justice les conséquences économiques de la rupture du mariage, étant donné surtout qu'il s'agit souvent des fruits du labeur de toute la vie adulte des époux.

3.14 Même s'il était possible de rédiger des règles de droit applicables à de pareilles matières, il existe peu de dispositions juridiques plus cruelles ou malencontreuses que celle qui pousse

des époux, pour des raisons d'avantage financier immédiat, à continuer leurs récriminations en public après que l'amour, la confiance et la compréhension ont disparu de leurs relations. Sous la poussée de menaces financières, chaque partie ne peut défendre ses intérêts qu'en attaquant le caractère, la personnalité, la valeur comme parent et comme époux de l'autre partie. De tels témoignages sont, dans tous les cas, peu fiables: la mémoire sélective et les témoignages préjugés dont font preuve les époux dans de tels litiges diffèrent par nature, et non seulement par degré, des autres situations où un juge doit peser des versions contradictoires d'événements passés et arriver à une conclusion sur les faits. Nous ne croyons pas non plus qu'une telle façon de faire se défende par une quelconque valeur thérapeutique. Il y a ici trop en jeu, en termes de besoins économiques réels, pour que la loi puisse se justifier au moyen de motifs aussi douteux que celui de fournir aux époux des avantages psychologiques accessoires qu'ils pourraient obtenir ailleurs à meilleur compte et d'une façon moins dommageable.

3.15 Outre ces objectifs, il reste que le fait d'assumer la responsabilité principale du soin des enfants et de l'entretien du ménage ne devrait pas comporter le risque unilatéral de privation économique à la dissolution du mariage. Ce risque ne concorde pas avec une conception du mariage comme rapport entre égaux devant la loi. Le fait le plus pertinent est le désavantage économique dont souffre l'époux sans revenu; à ceci nous ajoutons un certain nombre de faits secondaires dans nos recommandations détaillées relatives au soutien financier à la dissolution du mariage. Ces recommandations ont toutes pour but de fournir aux tribunaux quelque chose qui leur manque: un ensemble de critères juridiques, rationnels et objectifs, applicables aux conséquences économiques de la rupture du mariage.

3.16 Le but principal du soutien après la dissolution du mariage devrait être de répondre aux besoins raisonnables de celui des époux qui s'est acquitté, pour les deux, des tâches familiales qui comportent des désavantages économiques. De la même façon que la loi devrait faire du soutien financier durant le mariage une responsabilité des deux époux, elle devrait également reconnaître

que les avantages économiques dont bénéficie l'époux qui assume la tâche de gagne-pain pour les deux sont un bien appartenant aux deux. Le droit de continuer à partager ce bien après le divorce devrait être maintenu tant que dure le besoin économique découlant de la situation de dépendance existant durant le mariage, compte tenu des efforts raisonnables fait par la personne dépendante pour subvenir à ses propres besoins. La durée de la période de dépendance devrait être assujettie au principe que chaque personne doit éventuellement pouvoir subvenir à ses propres besoins. La garantie financière prévue par la loi devrait viser la réadaptation à la suite des désavantages économiques causés par le mariage; elle ne devrait pas être une garantie de sécurité à vie pour l'époux autrefois dépendant. L'obligation de l'ex-époux qui doit payer doit avoir comme contrepoids l'obligation pour l'autre de subvenir en fin de compte à ses propres besoins, comme doivent le faire toutes les autres personnes non mariées, au bout d'un délai raisonnable. La loi devrait toujours prévoir la possibilité d'une obligation permanente, pour le cas où l'incapacité économique découlant pour l'un des époux du mariage est de nature permanente.

Recommandations

La Commission recommande ce qui suit:

1. Le règlement de questions de biens et de soutien financier à la dissolution du mariage devrait se faire dans le contexte d'un réaménagement économique et être séparé des questions.

Les biens des époux

2. Le Parlement devrait conférer aux tribunaux, dans les procédures de dissolution, le pouvoir de:

a) transférer la propriété de biens d'un époux à l'autre;

b) transférer le droit de jouissance des biens d'un époux à l'autre;

c) ordonner l'établissement de fiducie, l'octroi d'hypothèques et toute autre mesure nécessaire ou souhaitable pour assurer ou rendre efficaces ses ordonnances concernant les biens;

afin d'égaliser la situation de chaque époux en ce qui a trait aux biens acquis par l'un ou l'autre après la date du mariage.

3. Les biens acquis par l'un ou l'autre époux durant le mariage par voie de don, héritage, legs, fiducie devraient être exempts du partage.

4. Aucun transfert de propriété ne devrait se faire en vertu de la loi fédérale si

a) les époux ont fait un contrat de mariage ou tout autre accord qui les lie à l'égard de leurs biens à la dissolution du mariage; ou

b) le régime des biens des époux est gouverné par des dispositions provinciales ou territoriales qui ne s'appliquent pas seulement aux cas de dissolution du mariage et qui comportent une forme quelconque de partage des biens au moment de la dissolution; ou

c) les époux ont affirmé leur préférence pour un régime de séparation de biens à la suite d'un choix que leur offrait une loi provinciale ou territoriale permettant aussi de choisir un régime comportant une forme quelconque de partage des biens au moment de la dissolution.

5. Le droit de partage des biens ne devrait pas être remis en cause, annulé ou restreint à cause de la conduite de l'un ou l'autre des époux durant le mariage.

Le soutien financier des époux

6. Le mariage en soi ne devrait pas conférer un droit ou une obligation de soutien après la dissolution; une personne qui a été mariée devrait subvenir elle-même à ses besoins.

7. Le droit au soutien devrait naître de besoins raisonnables provenant de:

a) la répartition des rôles au cours du mariage;

b) l'accord exprès ou tacite par lequel l'un des époux s'engage à assurer le soutien de l'autre;

c) les accords intervenus quant à la garde des enfants du mariage au moment de la dissolution;

d) l'incapacité physique ou mentale de l'un des époux affectant sa capacité de subvenir à ses propres besoins; ou

e) l'incapacité pour l'un des époux d'obtenir un emploi rémunéré.

8. Le soutien financier à la dissolution du mariage devrait avoir pour but la réadaptation à la suite des désavantages économiques causés par le mariage; il ne devrait pas être une garantie de soutien à vie pour les époux autrefois dépendants.

9. Un droit au soutien devrait se prolonger aussi longtemps que les besoins raisonnables existent, sans toutefois leur survivre; le soutien peut être temporaire ou permanent.

10. L'époux bénéficiaire du soutien devrait avoir l'obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable après la dissolution du mariage sauf si, compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux soutenu et de l'origine de ces besoins,

a) il n'était pas raisonnable d'exiger cela de l'époux soutenu, et que

b) il n'était pas déraisonnable d'exiger de l'autre qu'il continue à assumer cette responsabilité.

11. Le droit au soutien ne devrait pas être remis en cause, annulé ou restreint en raison de la conduite pendant le mariage; ni non plus en raison d'une conduite postérieure au mariage à moins que:

a) cette conduite n'entraîne une diminution des besoins raisonnables; ou

b) cette conduite ne prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable les besoins qui fondent l'obligation de soutien ou ne prolonge artificiellement ou de manière déraisonnable la période au cours de laquelle les personnes soutenues doivent se préparer à assumer la responsabilité de leur propre soutien.

12. Les sommes allouées à titre de soutien devraient être déterminées en fonction:

a) des besoins raisonnables de l'époux ayant droit au soutien;

b) des besoins raisonnables de l'époux tenu d'assurer le soutien;

c) des biens de chaque époux après la dissolution du mariage;

d) de la capacité de paiement de l'époux tenu d'assurer le soutien;

e) de la possibilité pour l'époux ayant droit au soutien de subvenir en partie à ses propres besoins; et

f) des obligations de chaque époux envers les enfants du mariage.

13. Les règles de common law relatives au droit au soutien après le divorce, au montant ou à la justification de ce soutien, ainsi que toute la jurisprudence traitant de situations analogues, comme la pension alimentaire, devraient être abandonnées.

4. Les enfants et la dissolution du mariage

4.1 Les enfants de parents en instance de divorce doivent constituer une préoccupation primordiale du droit de la famille. Le processus de dissolution du mariage, et les règles de fond appliquées au cours de ce processus, doivent dépasser la loi et la pratique actuelle pour protéger les intérêts de ces enfants. Dans le présent chapitre, nous étudions les difficultés actuelles dans ce domaine et nous formulons des propositions visant à reconnaître aux enfants de parents dont le mariage se termine deux droits fondamentaux:

a) le droit au soutien social et psychologique, c'est-à-dire que les dispositions prises pour leur garde, leur entretien et leur éducation soient les meilleures possibles vu les circonstances; et

b) le droit au soutien économique.

4.2 La création d'un processus nouveau permettant de traiter des dispositions concernant les enfants dans un contexte n'impliquant pas la notion de faute réduira ce besoin qu'éprouvent actuellement les époux en instance de divorce de maintenir l'un envers l'autre une attitude défensive. Lorsque des enfants sont en cause, il s'agit d'éliminer les sources artificielles de conflit juridique de façon à permettre aux parents de traiter d'une façon plus ouverte de l'important problème que constitue l'effet de la rupture du mariage sur leurs enfants ainsi que des solutions à y apporter. Dans un cadre dont les fondements sont la confrontation et l'ac-

cusation et où il n'y a pas de services de consultation et de conciliation (qui seraient, de toute façon, fort peu efficaces dans une telle atmosphère) il est difficile de toucher la réalité humaine et psychologique qui détermine en dernière analyse les meilleurs intérêts des enfants. Malheureusement, la loi et la pratique d'aujourd'hui rendent improbables sinon impossibles une attitude ouverte et une discussion franche lorsqu'il s'agit de nombreux facteurs d'importance vitale pour les intérêts des enfants. Ce qu'il faut, c'est une procédure nouvelle, plus rationnelle et plus humaine pour résoudre les problèmes que la dissolution du mariage crée pour les enfants, une procédure visant à seconder les efforts des parents, et des tribunaux, en vue d'arriver à des solutions plus humaines et plus rationnelles.

4.3 La *Loi sur le divorce* prévoit que, lorsqu'il accorde un décret de divorce, le tribunal peut rendre une ordonnance quant au soutien, à la garde, à l'administration et à l'éducation des enfants du mariage «s'il l'estime juste et approprié», compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent.» La jurisprudence a étendu le sens des critères législatifs. Le test utilisé par les tribunaux est que *le bien-être de l'enfant* est la considération primordiale dans toutes les questions impliquant des enfants.

4.4 Le terme de «garde» a plusieurs sens en droit. Il représente tout l'ensemble des pouvoirs juridiques (dont plusieurs dénotent des obligations parentales autant que des «droits») que les pères et mères ont sur leurs enfants; le pouvoir d'élever et de surveiller l'enfant, de déterminer la nature et l'étendue de son éducation, de déterminer son éducation religieuse, d'administrer ses biens, d'accorder ou de refuser le consentement au mariage d'un enfant mineur, de plaider en son nom devant les tribunaux, etc. Dans un sens plus restreint, le terme signifie simplement «l'entretien et l'éducation» ou, pour utiliser un terme malencontreux mais qui fait image, la «possession».

4.5 Lorsque la garde est accordée à l'un des parents, les tribunaux accordent à l'autre un «droit de visite raisonnable»; les

modalités en sont généralement établies par les parents ou, à défaut d'accord entre les parents, par le juge.

4.6 Bien que le cas ne soit pas expressément prévu par la *Loi sur le divorce*, il arrive que le tribunal accorde la garde des enfants à un tiers, par exemple un grand-parent ou autre parent de l'un des époux. Ceci arrive généralement lorsque le tiers a déjà, pour une raison ou pour une autre, assumé la responsabilité d'élever l'enfant et est devenu en fait une figure parentale.

4.7 Avant que ne soit délivrée l'ordonnance finale de garde à la fin des procédures de divorce, l'enfant peut se trouver dans un état de garde *de facto* ou de «garde provisoire». La garde *de facto* signifie tout simplement que le père et la mère ont convenu, de façon pratique, que l'enfant habitera avec l'un des deux (ou avec une tierce personne) après leur séparation, mais qu'il n'y a eu ni ordonnance du tribunal ni accord formel. La garde provisoire désigne une mesure temporaire prise par le tribunal accordant la garde de l'enfant à l'un des parents après la présentation de la requête en divorce. L'Ordonnance provisoire détermine tout simplement pour un temps l'endroit où l'enfant habitera et prévoit son soutien temporaire jusqu'au moment du procès. A ce moment, la question de garde, si elle est contestée, sera décidée de façon permanente par le tribunal.

4.8 Les enfants de parents en instance de divorce ne sont pas parties au divorce. Ils n'ont pas le droit d'être représentés par un avocat, de produire ou d'interroger des témoins, ni de présenter des arguments au tribunal. Certains tribunaux cherchent à obtenir de façon informelle les opinions et les désirs des enfants dans les requêtes contestées, mais cette pratique est loin d'être universelle. Elle n'est pas prévue par la *Loi sur le divorce*.

4.9 La *Loi sur le divorce* permet au tribunal de décider de la garde et de l'entretien de l'enfant du mari et de la femme; de l'enfant du mari ou de la femme si l'autre époux agit envers l'enfant *in loco parentis* (à la place d'un parent); et de l'enfant de ni l'un ni l'autre des époux si les deux agissent envers lui *in loco parentis*. Le pouvoir de décider de la garde ou de l'entretien de l'enfant se termine lorsque l'enfant atteint l'âge de 16 ans, à moins que l'enfant

ne soit «à la charge» des parents et ne peut, à cause de maladie, d'invalidité ou pour une autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer de lui-même les nécessités de la vie.

4.10 Les deux époux sont responsables de l'entretien de l'enfant après le divorce, mais la *Loi sur le divorce* ne précise pas les facteurs que le tribunal doit considérer pour déterminer la part de chacun des parents, le montant que l'enfant devrait recevoir, non plus que le but de ce soutien.

4.11 La *Loi sur le divorce* n'établit pas de distinction entre le père et la mère quant à la garde des enfants. Les tribunaux manifestent une tendance très nette à accorder à la mère la garde des enfants de moins de dix ans environ. A mesure que les enfants approchent de l'adolescence, la préférence pour la mère diminue.

4.12 Plusieurs aspects importants du droit et de la pratique qui entrent en jeu lorsque des enfants sont en cause dans un divorce devraient faire l'objet de réformes. L'importance accordée par le processus de dissolution du mariage aux questions relatives aux enfants devrait être considérablement accrue. On devrait s'efforcer davantage de remplacer le litige au sujet des enfants par la négociation et la recherche de solutions de consensus. Les critères prévus à la *Loi sur le divorce* pour la détermination de la garde des enfants ne sont pas satisfaisants car ils ne sont pas orientés vers l'intérêt des enfants et offrent peu de principes directeurs. En matière de garde, on accorde souvent trop d'importance aux rapports entre les époux au détriment de la relation parent-enfant, qui est primordiale. La notion juridique traditionnelle de bonne conduite en tant qu'époux ne devrait pas entrer en jeu lorsque le tribunal doit évaluer les qualités et les défauts des parties *en tant que parents* et non en tant que mari ou femme. Le parent qui devrait élever l'enfant n'est pas nécessairement l'époux légalement «innocent». Il faudrait rendre la loi plus souple, de façon que la garde soit moins une question de «tout ou rien»; le fait que le tribunal décide que l'un des parents assumera la responsabilité première d'élever et d'entretenir l'enfant ne devrait pas enlever à l'autre le droit de participer en tant que parent à plusieurs autres aspects importants de la vie de l'enfant.

4.13 La notion de l'intérêt qu'a l'enfant à garder contact avec les deux parents devrait entrer en jeu dans la définition du «droit de visite raisonnable». Il faudrait éclaircir la question de la garde confiée à des personnes qui ne sont pas les parents. Dans la mesure du possible, il faudrait éviter les difficultés qui surgissent lorsque des dispositions provisoires de garde ont créé des situations de fait où les tribunaux hésitent souvent à intervenir au moment où la question de la garde définitive est enfin entendue. Les enfants de parents en instance de divorce devraient avoir le droit d'être entendus et, le cas échéant, de faire respecter leurs désirs. Il faudrait expliciter les considérations applicables au soutien des enfants. Il faudrait revoir la définition du terme «enfant» et remonter la limite d'âge. Le Parlement devrait établir une politique positive qui élimine la discrimination fondée sur le sexe dans les causes de garde d'enfant. Enfin, toutes ces réformes devraient être intégrées dans un processus nouveau, régi par des doctrines nouvelles en matière de dissolution du mariage, de sorte que les tribunaux, les parents et les avocats puissent traiter les effets de la rupture du mariage sur les enfants comme une question centrale et non plus comme une «question collatérale».

4.14 A l'heure actuelle, les dispositions concernant la garde, l'entretien, l'éducation et le soutien financier des enfants se décident le plus souvent par négociation entre les parents (ou leurs avocats). Si les parents ne peuvent s'entendre, ces questions sont décidées par le tribunal dans le contexte d'une action contestée en divorce, marquée d'ordinaire par les accusations et les récriminations rendues nécessaires par une loi qui essaie d'identifier le responsable de la rupture du mariage et qui force chacun des parents à attaquer l'autre pour défendre ses intérêts économiques. Le processus de dissolution du mariage que nous proposons serait gouverné par des lois qui n'encourageraient pas les époux à faire de la dissolution du mariage l'occasion d'une guerre ouverte. En particulier, elle accorde une importance accrue à la négociation et à l'accord en ce qui touche les enfants. Après un délai raisonnable destiné à permettre aux parties de s'entendre, l'un ou l'autre parent pourrait, en l'absence d'accord, demander une décision judiciaire en ce qui a trait aux enfants. A ce moment, le tribunal pourrait soit entendre la cause, soit exiger de nouvelles négociations pendant un délai raisonnable. Ensuite, l'un ou l'autre parent pour-

rait obtenir une décision obligatoire sur les questions touchant les enfants. Dans ce cas, cependant, la question de savoir qui est responsable de la rupture du mariage ou si l'un des époux a perdu son droit au soutien n'entrerait pas en ligne de compte, la question centrale étant, comme il se doit, l'intérêt des enfants.

4.15 Cette procédure devrait avoir les caractéristiques principales suivantes:

a) sources de renseignements et avis d'experts disponibles au tribunal en plus du témoignage des parents;

b) aide et soutien disponibles aux parents dans leur recherche d'une solution de consensus;

c) révision par le tribunal des accords entre parents touchant les enfants, avec le pouvoir de rejeter de tels accords s'ils ne sont pas conformes aux critères de la loi;

d) décision par le tribunal en cas d'impossibilité d'accord entre les parents; et

e) représentation des enfants par avocat.

4.16 Dans tous les cas où l'on demande la dissolution d'un mariage et où des enfants sont impliqués, le tribunal devrait intervenir immédiatement pour assurer que leurs droits et leurs intérêts soient protégés. Ceci est le «conseil d'évaluation» décrit au chapitre traitant de la rupture du mariage. Nous rappelons les buts de cette intervention:

a) déterminer si les époux ont pris des dispositions appropriées en ce qui a trait à l'entretien, à la garde, à l'éducation des enfants et au droit de visite pendant la procédure de dissolution et, dans le cas contraire, déterminer si de telles dispositions peuvent faire l'objet d'une entente entre les époux;

b) déterminer s'il est indiqué d'assurer la représentation des enfants par avocat;

c) déterminer si un rapport formel d'enquête par une autorité publique (p. ex. un tuteur officiel ou un Directeur de la protection de l'enfance) est indiqué;

d) déterminer si une évaluation psychiatrique ou psychologique de la situation est indiquée;

e) mettre le mari et la femme au courant des personnes, services et institutions du tribunal ou de la collectivité qui pourraient les aider à négocier à la fois les dispositions temporaires concernant les enfants durant les procédures de dissolution et les dispositions permanentes applicables au moment de la dissolution;

f) permettre au tribunal de déterminer s'il est nécessaire que les époux se présentent de nouveau soit devant le tribunal, soit devant une personne, un service ou une institution désignée par le tribunal, pour une ou plusieurs séances obligatoires de négociation concernant les enfants, et, le cas échéant, d'en ordonner ainsi; et

g) en général et dans la mesure du possible, aider les époux à éviter par voie de négociation et d'accord une procédure contestée de garde permanente ou provisoire et, de toute autre manière, à éviter d'amener devant le tribunal pour décision judiciaire les questions qui touchent les enfants.

4.17 Nous attirons l'attention sur la proposition à l'effet que le tribunal ait le pouvoir d'ordonner une nouvelle réunion d'évaluation lorsqu'il y a demande d'ordonnance provisoire. Lorsque des enfants sont impliqués, ceci voudrait dire qu'un des époux demande une ordonnance, en termes généraux, pour la garde et l'entretien des enfants durant le processus de dissolution. S'il avait ce pouvoir, le tribunal serait en mesure, chaque fois qu'il se présenterait une question contestée touchant les enfants, de traiter le problème particulier du litige en perspective au sujet des enfants d'une façon informelle avant le procès, et pourrait ainsi aider les parents à éviter, si possible, une confrontation formelle et contradictoire.

4.18 Le tribunal devrait pouvoir obtenir des renseignements impartiaux sur la situation familiale et pour ce faire devrait pouvoir ordonner un rapport formel d'enquête semblable à ceux qui sont faits à l'heure actuelle dans certaines provinces par les autorités provinciales. Nous ne croyons pas que cela soit nécessaire dans toutes les causes, comme cela se fait présentement dans certaines provinces. Si la procédure que nous proposons est adoptée, cette pratique des provinces constituerait alors un gaspillage des ressources disponibles. Une politique universelle d'enquête est essentiellement un produit de la loi actuelle sur le divorce. Les

limitations de la procédure contradictoire traditionnelle ne fournissent aucune source sûre de renseignements impartiaux sur les situations qui peuvent être nuisibles aux enfants. Nous avons proposé qu'il appartienne au tribunal, par son évaluation de chaque situation, de décider de la nécessité d'une enquête plus poussée. Ceci permettrait aux autorités provinciales de concentrer leurs efforts sur les cas relativement peu nombreux où il apparaît que les intérêts des enfants sont sérieusement menacés par la rupture du mariage. Ceci exige consultation et collaboration entre les autorités fédérales et provinciales de façon à coordonner la politique et assurer la meilleure utilisation possible des ressources.

4.19 La deuxième source de renseignements serait les experts indépendants. Le tribunal devrait pouvoir ordonner qu'un spécialiste, tel un psychiatre ou un psychologue, examine les deux parents, les enfants si nécessaire et d'autres personnes au besoin, puis fasse rapport au tribunal. Il s'agirait de fournir au tribunal, pour sa bonne gouverne, les données et conclusions ressortissant à la compétence de l'expert et pouvant avoir une influence sur la question que le tribunal doit décider. L'expert ne prendrait pas la décision pour le tribunal et ne devrait pas le faire, car il y a d'autres facteurs à peser à part l'évaluation psychologique ou psychiatrique. Mais il devrait pouvoir donner son avis, en tant que professionnel de la santé mentale, sur la décision à prendre. Ces rapports devraient être accessibles aux parties et soumis au contre-interrogatoire. Dans la plupart des cas, ces rapports d'experts indépendants ne seraient pas nécessaires; il est probable qu'ils seraient utiles surtout lorsque les parents ne peuvent s'entendre et qu'une décision judiciaire est demandée ou à venir.

4.20 Les enfants devraient constituer une troisième source de renseignements. Lorsque le tribunal le juge à propos, il devrait accorder à l'enfant le droit de se faire entendre, soit en personne, soit par l'entremise d'un avocat ou d'une autre personne agissant d'après les directives du tribunal.

4.21 L'avocat représentant un enfant devrait être indépendant des parents. La représentation par avocat devrait être rendue possible et ordonnée lorsque de l'avis du tribunal, elle est de l'intérêt de l'enfant, eu égard aux droits accordés aux enfants de

parents en instance de divorce. Ceci se produirait surtout dans les cas où la garde des enfants est contestée, mais devrait être possible dans tous les cas, au bon jugement du tribunal. Il appartiendrait à chaque province d'établir la meilleure façon d'assurer cette représentation. Les Tribunaux de la famille établis comme projets pilotes en Colombie-britannique par la Commission royale sur le droit de la famille et de l'enfance comptent parmi leur personnel un «avocat de la famille» chargé entre autres de représenter les enfants. D'autres possibilités seraient les régimes d'assistance judiciaire, les services de protection de l'enfance, les curateurs publics, les tuteurs officiels ou le personnel auxiliaire des futurs Tribunaux de la famille.

4.22 Lorsqu'il est ordonné que l'enfant soit représenté, il devrait être partie à toute question touchant les droits et intérêts des enfants: en particulier, il devrait pouvoir interroger et contre-interroger les témoins; il devrait avoir accès aux services sociaux psychologiques et autres mis à la disposition des autres parties par le tribunal et la procédure; il devrait avoir le droit d'appel. L'enfant devrait également pouvoir être représenté dans les négociations entre ses parents sur toute question touchant ses droits et intérêts.

4.23 Il faut reconnaître que l'avocat d'un enfant serait dans une situation assez difficile à l'égard de certains aspects de la relation avocat-client. Si l'enfant est très jeune, l'avocat ne pourra pas obtenir de directives; s'il est plus vieux, ses directives ne seront pas nécessairement valables ou judicieuses. Normalement, l'avocat d'un enfant reçoit ses directives de l'un des parents, mais ceci est impossible dans le cas qui nous occupe.

4.24 Nous proposons donc que l'avocat de l'enfant soit obligé par la loi d'agir selon ce qu'il considère être les meilleurs intérêts de l'enfant, d'après des critères établis par le Parlement. Il serait obligé de tenir compte des désirs de l'enfant (selon les critères définis plus loin) ainsi que de tout rapport, renseignement ou évaluation à la disposition du tribunal et des autres parties et concernant les droits ou les intérêts de l'enfant. Formellement, l'avocat serait responsable à l'enfant; en pratique, cependant, c'est son jugement qui primerait et non celui de l'enfant. Le tribunal

devrait avoir le pouvoir non seulement de nommer, mais aussi de récuser l'avocat—ce qui assurerait un niveau professionnel au moins égal à ce qu'on attend d'ordinaire d'un avocat en d'autres situations.

4.25 La question des désirs de l'enfant n'est pas sans difficulté. En effet, l'enfant peut être trop jeune pour se former une opinion quant à son avenir, ou bien son opinion peut ne pas être fiable. Cependant, s'il est possible de faire exprimer ses désirs à l'enfant dans des circonstances qui indiquent que l'on peut s'y fier, sans lui causer de tort psychologique et sans nuire à ses rapports avec ses parents, il faudrait le faire par l'entremise de l'avocat de l'enfant, des autorités provinciales, d'un professionnel de la santé mentale ou du juge en son cabinet. Le Parlement devrait donc obliger les tribunaux à tenir compte des désirs de l'enfant dans la mesure où ils le jugent à propos eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant.

4.26 Selon la nouvelle procédure, la négociation entre les parents pourrait se faire comme maintenant, soit directement, soit par l'entremise d'avocats. Le Parlement devrait cependant prévoir l'existence de modérateurs, à l'emploi du tribunal ou nommés par lui, qui aideraient les parents à trouver par voie de consensus des dispositions provisoires et permanentes touchant les enfants. Lorsque disponible, ce service devrait être fourni à tous les parents qui le désirent. En outre, le tribunal devrait pouvoir, s'il le juge à propos, ordonner aux parents de participer à une ou plusieurs séances obligatoires de négociation. Nous estimons important que le processus de dissolution prévoie la présence d'une personne compétente et de formation appropriée qui puisse aider les parents à découvrir et à résoudre par voie de négociation les problèmes que la rupture de leur mariage soulève à l'égard de leurs enfants. Son rôle consisterait à étudier avec les parents les questions de garde, d'entretien, d'éducation, de visite et de soutien, en leur expliquant ce que la loi exige d'eux, à les aider à découvrir les points sur lesquels ils peuvent s'entendre et à rechercher honnêtement la meilleure solution pour leurs enfants. Le mieux serait que ce service soit rattaché au Tribunal de la famille. En attendant que ces tribunaux soient créés, il faudra utiliser les agences existantes. Quoi qu'il en soit, il est opportun que le Parlement prévoie des dis-

positions de ce genre dans le nouveau processus, de sorte que les tribunaux qui ont accès à de tels services puissent les intégrer dans leur procédure à l'égard des enfants.

4.27 Lorsque les parents en sont arrivés à un accord en matière de garde, d'entretien, d'éducation, de visite et de soutien, le tribunal devrait pouvoir exiger que cet accord lui soit soumis pour examen et approbation. Pour lui permettre de juger s'il est nécessaire ou souhaitable que cet accord fasse l'objet d'un examen formel, le tribunal disposerait toujours d'un profil de la situation familiale découlant du conseil d'évaluation. Le cas échéant, il disposerait aussi de données fournies par une ou plusieurs des sources suivantes: l'enquête officielle, l'avocat des enfants ou les rapports d'experts. Nous proposons que le tribunal puisse au besoin ordonner la tenue de telles enquêtes par les autorités publiques ou par toute autre personne. Là où il existe un Tribunal de la famille, de telles enquêtes pourraient être confiées à son personnel auxiliaire.

4.28 Si le tribunal ne peut approuver l'accord entre les parties, il devrait le leur remettre en indiquant les points à éclaircir ou à modifier. Si un accord acceptable au tribunal ne peut être conclu dans les délais prévus par la procédure de dissolution, la question peut être soumise pour décision judiciaire par l'un ou l'autre des parents.

4.29 Toutes les mesures relatives à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants ainsi qu'au droit de visite doivent être prises en fonction des meilleurs intérêts des enfants, définis par leur bien-être général et émotif. Pour déterminer les meilleurs intérêts de l'enfant, le tribunal devrait considérer ses besoins sociaux, psychologiques et économiques et tenir compte des facteurs suivants:

a) les relations de l'enfant avec les personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation peuvent être confiés ainsi qu'avec toute autre personne, tels les frères et sœurs, intimement liée à la question de la garde, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant;

b) la personnalité et le caractère de l'enfant ainsi que ses besoins émotifs et physiques;

c) la capacité à être des parents des personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation de l'enfant pourraient être confiés, ainsi que le climat familial qu'ils fourniraient à l'enfant et les plans qu'ils ont faits pour son avenir;

d) la préférence de l'enfant, lorsque le tribunal le juge à propos, compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant;

e) les ressources et les besoins financiers de chacun des parents.

4.30 Bien que la *Loi sur le divorce* parle de «garde, administration et éducation» (ce qui implique que la «garde» n'est pas nécessairement la même chose que «l'administration» et «l'éducation») il est d'usage pour les parents, les avocats et les juges d'en traiter en même temps. Le fait de placer l'enfant chez l'un ou l'autre des parents pour son «administration» ou son éducation est d'ordinaire rendu nécessaire par le fait que les époux cessent de cohabiter lorsque le mariage prend fin; il n'en va pas de même de la participation des deux parents à de nombreux aspects à long terme de la vie de leurs enfants (par opposition aux décisions quotidiennes).

4.31 Confier à l'un des parents non seulement «l'administration et l'éducation» d'un enfant, mais aussi la «garde» au sens large de la *Loi sur le divorce* met fin à de nombreuses relations et responsabilités juridiques entre l'enfant et l'autre parent. Il est des cas où les mauvaises relations entre les époux rendent la chose souhaitable, car autrement les époux pourraient donner libre cours à leur hostilité en refusant une collaboration raisonnable en ce qui touche les enfants. Mais il existe beaucoup d'autres cas où ceci ne se produit pas, et où la pratique quasi universelle d'accorder au parent responsable de l'entretien et de l'éducation de l'enfant la garde au sens juridique large constitue une menace inutile pour les deux parents, sans qu'il en résulte d'avantage particulier pour leurs enfants. En outre, ceci crée un danger psychologique qui n'est pas étranger à l'extraordinaire acrimonie qui marque certaines causes de garde d'enfant. Nous proposons donc que le Parlement permette au tribunal, lorsqu'il le juge à propos, d'ordonner que n'importe lesquels des pouvoirs conférés par la loi aux deux parents de l'enfant continuent à être exercés par l'un ou l'autre des parents.

4.32 Le droit de visite devrait faire partie intégrante des dispositions prises pour la garde, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Le but de ce droit est de reconnaître l'intérêt de l'enfant à maintenir des relations avec chacun des parents. La fréquence des rencontres de l'enfant avec le parent qui n'est pas responsable de son entretien et de son éducation est à déterminer d'après les mêmes critères que nous proposons en ce qui a trait aux autres questions à déterminer en fonction des meilleurs intérêts de l'enfant.

4.33 Il serait souhaitable que le Parlement définisse de façon satisfaisante les facteurs que le tribunal devrait considérer en ce qui touche le soutien de l'enfant. Ces facteurs devraient être:

a) les besoins éducatifs et financiers de l'enfant;

b) l'état psychique et physique de l'enfant;

c) l'éducation et le niveau de vie dont l'enfant aurait joui si le mariage n'avait pas été dissous;

d) les revenus, la capacité à gagner, les biens et autres ressources financières de l'enfant; et

e) les ressources et besoins financiers de chacun des parents.

Comme c'est maintenant le cas, les parents devraient continuer à avoir tous les deux une obligation envers le soutien de leurs enfants. Cette obligation devrait être répartie entre les parents selon leur capacité relative de contribuer, en fonction des ressources et des besoins financiers de chacun.

4.34 La *Loi sur le divorce* n'accorde aucun pouvoir au tribunal de faire des ordonnances de garde ou de soutien pour un enfant de 16 ans ou plus à moins que l'enfant ne soit à la «charge» des parents et «ne peut, pour des causes de maladie, d'invalidité, d'incapacité ou une autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer lui-même les nécessités de la vie». Nous suggérons d'augmenter cette limite d'âge dans tous les cas, sans égard à la capacité de l'enfant à se soustraire de la charge de ses parents.

4.35 Le plus souvent, il n'y aura aucun besoin de s'occuper de la garde des mineurs les plus âgés, mais les tribunaux devraient avoir le pouvoir de le faire le cas échéant. Nous proposons que,

pour les cas de garde, la limite soit portée à 18 ans, soit l'âge le plus bas fixé comme âge de majorité par une province. Il n'existe aucune justification sociale pour permettre à un tribunal de délivrer une ordonnance de garde concernant une personne qui a atteint la majorité dans sa province de résidence; de toute façon, il n'y a guère d'avantage à prendre des dispositions de garde pour des personnes de plus de 18 ans, même si elles sont encore mineures pour une courte période de temps.

4.36 Nous proposons de déplacer la limite supérieure pour l'entretien d'un enfant de 16 à 18 ans. A l'âge de 16 ans, la plupart des enfants ne sont pas émancipés et ne gagnent pas leur vie; ils sont en général au milieu de leurs études secondaires. Les tribunaux s'autorisent souvent du fait qu'un enfant de plus de 16 ans poursuive ses études à plein temps pour lui appliquer la définition étendue du terme «enfant» au sens de la *Loi sur le divorce* et ainsi le rendre admissible au soutien après l'âge de 16 ans. Nous croyons qu'il serait à propos de fixer l'âge normal de la fin des études secondaires comme l'âge auquel on devrait s'attendre que les parents dont le mariage a été dissous continuent de soutenir leurs enfants.

4.37 Nous recommandons d'étendre les dispositions de soutien (et non de garde) passé l'âge de 18 ans dans plusieurs cas précis. A l'heure actuelle, en forçant un peu les termes de la *Loi sur le divorce*, les tribunaux considèrent parfois qu'une jeune personne qui poursuit des études universitaires ou professionnelles est incapable de se soustraire à la charge de ses parents et est donc un «enfant» admissible au soutien, même si elle a beaucoup plus de 16 ans. Ce cas devrait être prévu par la loi. Nous proposons que le tribunal ait le pouvoir d'ordonner le soutien d'un enfant, pendant une période raisonnable après l'âge de 18 ans, afin d'assurer que l'enfant reçoive l'éducation ou la formation à laquelle il aurait pu raisonnablement s'attendre si le mariage n'avait pas été dissous. Ce pouvoir devrait s'assortir du pouvoir d'imposer des conditions à l'enfant pour assurer que l'aide financière soit bien employée aux fins prévues.

4.38 Nous suggérons aussi que l'enfant admissible au soutien parental ordonné par le tribunal après l'âge de 18 ans pour raisons de maladie ou d'incapacité. A l'heure actuelle, c'est l'État

qui assume la responsabilité des invalides de plus de 18 ans—ce qui est juste et humain. Nous ne proposons ici aucune modification. Cependant, il se pourrait, en certaines circonstances, qu'un jeune malade ou invalide ne soit pas admissible à l'assistance financière en vertu de programmes fédéraux ou provinciaux et voie sa dépendance sur le soutien parental menacée par la dissolution du mariage de ses parents. Il serait donc souhaitable que la loi fédérale fournisse, à l'instar de la loi actuelle sur le divorce, la possibilité d'une extension du soutien parental, tout en obligeant le tribunal, dans chaque cas, à décider du bien-fondé de cette mesure en fonction du besoin qu'a l'enfant du soutien de l'État, et de son admissibilité à ce soutien.

4.39 Nous proposons que le parlement inscrive dans la loi le principe qu'un parent ne doit pas être préféré à l'autre en matière de garde à cause de son sexe. La garde de l'enfant est confiée à une personne et non à un stéréotype du rôle de l'homme ou de la femme d'après lequel on ne saurait déterminer la capacité d'un parent à aimer, entretenir et élever un enfant.

4.40 Il arrive parfois que le tribunal accorde à une tierce-personne la garde des enfants d'époux en instance de divorce. Ceci n'est pas prévu dans la *Loi sur le divorce*, et soulève une question d'importance: le fait de la dissolution du mariage, sans plus, devrait-il à chaque fois exposer automatiquement les parents et les enfants à la possibilité que la garde soit confiée à une tierce personne? Nous ne sommes guère favorables à l'idée que la dissolution du mariage en soi force les parents à rendre compte de leur relation avec leurs enfants et à en justifier la continuation, ou que la fin du mariage ouvre toute la question de la garde parentale ou non parentale des enfants.

4.41 Par ailleurs, il est évident qu'en certaines circonstances, les meilleurs intérêts des enfants seront mieux servis si leur garde est confiée à quelqu'un d'autre que leurs parents. Nous ne croyons pas qu'il serait à propos que le Parlement crée une présomption en faveur des parents naturels dans les questions de garde, puisque ceci irait à l'encontre des intérêts des enfants dans les quelques cas où la garde devrait être confiée à des tiers. Par contre, nous ne croyons pas non plus que dans chaque cas de dissolution de mariage les parents devraient se trouver dans la même

posture vis-à-vis leurs enfants que toute autre personne qui cherche à intervenir dans la question de garde. A notre avis, la meilleure solution serait de prévoir une décision du tribunal, agissant d'office ou à la requête d'une autre personne, d'après des renseignements qu'il considère fiables, à l'effet que les meilleurs intérêts des enfants semblent exiger que des personnes autres que les époux en instance de divorce en aient la garde. A la suite de cette décision, ces autres personnes devraient être mises en cause.

4.42 En vertu de la loi actuelle, la décision finale sur la garde est prise par le tribunal en même temps que la décision sur la requête de divorce. Il peut s'être écoulé des mois ou des années depuis la séparation des parents. Entre la séparation et l'audience, il se peut que l'enfant ait habité avec l'un des parents à la suite d'une ordonnance provisoire de garde, c'est-à-dire une mesure temporaire prise par le tribunal afin d'assurer l'entretien de l'enfant en attendant l'audience. Il se peut aussi que les parents en soient arrivés à une entente temporaire ou *de facto*, sans ordonnance provisoire. Si la garde des enfants est contestée, ces mesures provisoires ou *de facto* influencent souvent la décision finale. Les tribunaux, hésitant à juste titre à déranger de façon indue l'entourage de l'enfant après l'échec du mariage de ses parents, tendent à entériner ces mesures provisoires au nom des meilleurs intérêts de l'enfant.

4.43 Plusieurs de nos propositions vont modifier cette situation. Beaucoup de gens quittent leur conjoint parce que la loi les désavantage s'ils ne le font pas. Si l'un des époux a commis l'adultère, l'autre risque d'être considéré avoir «pardonné le délit» et ainsi de perdre ses motifs de divorce s'il reste et essaie d'arranger les choses. Le motif de rupture du mariage, comme nous l'avons souligné, exige généralement une séparation de trois à cinq ans. Dans l'un ou l'autre cas, il est probable que les enfants s'installent avec l'un ou l'autre parent. Une fois éliminés les motifs fondés sur la faute et l'exigence de séparation comme preuve de rupture du mariage, le nombre de situations où la décision finale de garde est influencée par des mesures provisoires sera réduit.

4.44 Il arrivera cependant que des parents se sépareront pour d'autres motifs. Dans ces cas, le plus que la loi puisse faire est de réduire au minimum possible les effets du processus de dis-

solution pour celui des parents qui n'a pas la garde provisoire ou *de facto* des enfants. En premier lieu, il faudrait accorder priorité dans la procédure de dissolution aux moyens employés pour aider les époux à se mettre d'accord sur les dispositions concernant les enfants. En deuxième lieu, le Parlement devrait stipuler que les critères détaillés que nous avons proposés pour guider les tribunaux dans les questions de garde s'appliquent aux affaires de garde provisoire, afin qu'il soit clair que l'intention de la loi est une audience complète sur le fond de la question. L'accent ne serait plus sur l'ordonnance, qui se fait en vertu de la loi actuelle au moment du divorce, mais sur un moment antérieur: celui où à l'heure actuelle la décision se prend de fait le plus souvent. Les parents pourraient encore négocier à l'endroit des dispositions définitives, comme ils le peuvent maintenant, et l'un ou l'autre d'entre eux devrait pouvoir obtenir une décision judiciaire définitive en matière de garde qui n'aille pas nécessairement dans le sens des dispositions provisoires. Mais si l'ordonnance provisoire continue d'influencer autant l'ordonnance définitive qu'elle le fait à l'heure actuelle en vertu de la *Loi sur le divorce*—ce qui nous semble inévitable—alors la loi devrait mettre tout en œuvre pour assurer que les dispositions temporaires traduisent les meilleurs intérêts de l'enfant, comme ils apparaissent sans l'influence d'une période prolongée de résidence avec un seul des parents.

4.45 La question de savoir quels enfants sont visés par les termes «enfants» et «enfants du mariage» de la *Loi sur le divorce* ne pose aucun problème dans la grande majorité des cas. La plupart des divorces impliquent des enfants nés du mariage. Les cas marginaux soulèvent cependant des questions théoriques complexes dont plusieurs n'ont pas encore été présentées devant les tribunaux pour fins de solution. Les principales difficultés semblent être:

a) la portée de l'expression «*in loco parentis*»;

b) la situation des enfants adoptifs;

c) la situation des enfants des époux nés avant le mariage; et

d) la situation des beaux-pères et belles-mères.

Nous n'entrerons pas dans les détails techniques de tous les problèmes réels et éventuels que la définition actuelle soulève dans ces domaines et dans d'autres. Il suffit de noter qu'il y en a beaucoup.

4.46 Nous proposons que l'expression «enfant» inclue:

a) l'enfant du mari et de la femme né pendant le mariage;

b) l'enfant du mari et de la femme né avant le mariage, que cet enfant ait été ou non légitimé par le mariage des parents;

c) l'enfant adopté depuis la date du mariage par le mari et la femme, ou par l'un ou l'autre avec le consentement de l'autre; et

d) tout enfant échappant à ces catégories précises qui a été accepté et traité par les époux comme un enfant de la famille.

La définition du terme «enfant» devrait exclure les enfants placés en foyer nourricier chez les parents par une agence gouvernementale ou privée.

4.47 La quatrième catégorie—autres enfants traités comme membres de la famille—est une question de rapports sociaux et non légaux. Il pourrait s'agir:

a) de l'enfant d'un des époux par un mariage antérieur terminé par le divorce;

b) de l'enfant d'un des époux par un mariage terminé par la mort de l'autre parent;

c) d'un enfant adopté par l'un des époux avant le mariage;

d) d'un enfant né de l'un des époux et d'une tierce personne durant le mariage; et

e) de l'enfant d'un autre couple recueilli et élevé par les époux comme le leur.

Il existe des rapports légaux divers entre ces enfants et des tiers, par exemple le droit au soutien de la part des parents naturels dans certains cas, des droits d'héritage dans d'autres. Il se peut qu'un tiers ait le droit de réclamer la garde d'un enfant élevé par les parents en instance de divorce. Presque toutes les circonstances possibles donnant lieu à des rapports légaux entre un enfant de cette catégorie et un parent qui n'est pas un des époux en instance de divorce sont du ressort de la loi provinciale et soulèvent des questions d'ordre constitutionnel. Par exemple, dans le cas de l'enfant d'un autre couple recueilli de façon informelle par les parents

en instance de divorce et élevé par eux, il n'est pas clair que la loi fédérale puisse conférer la juridiction sur la garde de l'enfant—au moins au sens des pouvoirs étendus qu'ont les parents à l'exclusion des autres personnes. En vertu de la loi provinciale, un tel enfant est déjà sous la garde légale conjointe des parents naturels, en dépit du fait que son entretien et son éducation aient été assumés par les parents en instance de divorce. Même si la question est résolue en faveur de la juridiction fédérale il n'est pas clair, pour le cas où la garde serait confiée à l'un des époux en instance de divorce, s'il s'agirait du droit de garde par opposition à l'autre époux, ou si cela mettrait fin également au droit de garde des parents naturels. Les combinaisons sont nombreuses et les complexités infinies.

4.48 Un autre problème connexe se présente lorsqu'un enfant de cette catégorie est impliqué dans une cause de dissolution: est-il juste que le tribunal se tourne vers l'un des époux en instance de divorce comme source de soutien pour l'enfant? Supposons le cas d'un homme qui épouse une femme qui a un enfant d'un précédent mariage; il agit comme père envers l'enfant et assure son soutien financier. Si le mariage se termine, pourquoi ce qui pouvait être à l'origine un simple geste de bonté deviendrait-il une obligation légale jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge d'adulte?

4.49 Pour l'enfant, cependant, l'existence ou la non-existence de ces rapports légaux, les problèmes constitutionnels et les questions morales abstraites et insolubles n'ont aucun sens. Il est vrai que ces questions existent pour de bonnes raisons, mais la doctrine sur les pouvoirs du fédéral et des provinces ou sur les droits et obligations des parents par opposition aux beaux-parents ne se préoccupe guère du bien-être ou du bonheur des enfants. Nous suggérons donc que la portée des décisions rendues en vertu de la loi fédérale relatives à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants de cette quatrième catégorie, soit expressément limitée par le Parlement à la détermination des droits et obligations entre les parties dont le mariage est dissout. Ceci tiendrait compte des besoins des enfants à la suite de la rupture du mariage sans concurrencer ou remplacer les droits de garde accordés par la loi provinciale aux parents naturels de ces enfants. Nous proposons en outre que l'un ou l'autre des époux puisse faire inclure comme partie à une décision judiciaire de soutien toute autre personne

ayant avec l'enfant une relation qui implique l'obligation de soutien, et que le tribunal puisse répartir l'obligation de soutien de l'enfant entre les parties lorsqu'il le juge conforme aux meilleurs intérêts de l'enfant.

Recommandations

La Commission recommande ce qui suit:

1. Les enfants devraient avoir deux droits fondamentaux lorsque le mariage de leurs parents se termine:

a) le droit au soutien social et psychologique, c'est-à-dire que les dispositions prises pour leur garde, leur entretien et leur éducation soient les meilleures possibles vu les circonstances; et

b) le droit au soutien économique.

2. Lorsque des enfants sont en cause, le processus de dissolution du mariage devrait avoir les caractéristiques principales suivantes:

a) sources de renseignements et avis d'experts disponibles au tribunal en plus du témoignage des parents;

b) aide et soutien disponibles aux parents dans leur recherche d'une solution de consensus;

c) révision par le tribunal des accords entre parents touchant les enfants, avec le pouvoir de rejeter de tels accords s'ils ne sont pas conformes aux critères de la loi;

d) décision par le tribunal en cas d'impossibilité d'accord entre les parents; et

e) représentation des enfants par avocat.

3. Lorsque des enfants sur lesquels le tribunal a juridiction sont impliqués dans une cause de dissolution, la loi devrait exiger qu'il y ait une rencontre informelle immédiate entre les parties—un «conseil d'évaluation»—en présence du tribunal, d'un officier

ou employé du tribunal, ou d'un service ou organisme désigné par le tribunal, pour les fins suivantes:

a) déterminer si les époux ont pris des dispositions appropriées en ce qui a trait à l'entretien, à la garde, à l'éducation des enfants et au droit de visite pendant la procédure de dissolution et, dans le cas contraire, déterminer si de telles dispositions peuvent faire l'objet d'une entente entre les époux;

b) déterminer s'il est indiqué d'assurer la représentation des enfants par avocat;

c) déterminer si un rapport formel d'enquête par une autorité publique (par exemple un tuteur officiel ou un directeur de la protection de l'enfance) est indiqué;

d) déterminer si un évaluation psychiatrique ou psychologique de la situation est indiquée;

e) mettre le mari et la femme au courant des personnes, services et institutions du tribunal ou de la collectivité qui pourraient les aider à négocier à la fois les dispositions temporaires concernant les enfants durant les procédures de dissolution et les dispositions permanentes applicables au moment de la dissolution;

f) permettre au tribunal de déterminer s'il est nécessaire que les époux se présentent de nouveau soit devant le tribunal, soit devant une personne, un service ou une institution désignée par le tribunal, pour une ou plusieurs séances obligatoires de négociation concernant les enfants, et, le cas échéant, d'en ordonner ainsi; et

g) en général et dans la mesure du possible, aider les époux à éviter par voie de négociation et d'accord une procédure contestée de garde permanente ou provisoire et, de toute autre manière, à éviter d'amener devant le tribunal pour décision judiciaire les questions qui touchent les enfants.

4. Un rapport formel d'enquête par une autorité publique (par exemple, un tuteur officiel ou un directeur de la protection de l'enfance) ne devrait pas être nécessaire dans tous les cas; la nécessité d'un tel rapport devrait être déterminée par le tribunal.

5. Le tribunal devrait pouvoir ordonner qu'un spécialiste, tel un psychiatre ou un psychologue, examine chacun des parents, les

enfants si nécessaire et d'autres personnes au besoin et fasse ensuite rapport au tribunal.

6. Le tribunal devrait pouvoir ordonner qu'un enfant soit représenté par un avocat, indépendamment de la représentation de l'un ou l'autre des parents.

7. Lorsqu'il est ordonné que l'enfant soit représenté, il devrait être partie à toute question touchant les droits et intérêts des enfants: en particulier, il devrait pouvoir interroger et contre-interroger les témoins; il devrait avoir accès aux services sociaux, psychologiques et autres mis à la disposition des autres parties par le tribunal et la procédure; il devrait avoir le droit d'appel. L'enfant devrait également pouvoir être représenté dans les négociations entre ses parents sur toute question touchant ses droits et intérêts.

8. Le Parlement devrait stipuler qu'il soit tenu compte des désirs de l'enfant dans la mesure où le tribunal le juge à propos, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant.

9. La procédure de dissolution du mariage devrait prévoir que des personnes à l'emploi du tribunal ou approuvées par lui aident les parents à établir par voie de consensus des accords provisoires ou permanents concernant les enfants; ce service devrait être accessible à tous les parents qui le désirent et le tribunal devrait pouvoir, s'il le juge à propos, ordonner aux parents de se présenter à une ou plusieurs séances obligatoires de négociation.

10. Lorsque les parents en sont arrivés à un accord en matière de garde, d'entretien, d'éducation, de visite et de soutien, le tribunal devrait pouvoir exiger que cet accord lui soit soumis pour examen et approbation.

11. Lorsque la chose semble nécessaire à une bonne évaluation de l'accord, le tribunal devrait pouvoir ordonner une enquête par les autorités publiques ou par toute personne désignée par le tribunal.

12. Si le tribunal ne peut approuver l'accord entre les parties, il devrait le leur remettre en indiquant les points à éclaircir ou à modifier.

13. Toutes les mesures relatives à la garde, l'entretien et l'éducation des enfants ainsi qu'au droit de visite doivent être prises en fonction des meilleurs intérêts des enfants, définis par leur bien-être général et émotif. Pour déterminer les meilleurs intérêts de l'enfant, le tribunal devrait considérer ses besoins sociaux, psychologiques et économiques et tenir compte des facteurs suivants:

a) les relations de l'enfant avec les personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation peuvent être confiés ainsi qu'avec toute autre personne, tels les frères et sœurs, intimement liée à la question de la garde, de l'entretien et de l'éducation de l'enfant;

b) la personnalité et le caractère de l'enfant ainsi que ses besoins émotifs et physiques;

c) la capacité à être des parents des personnes à qui la garde, l'entretien et l'éducation de l'enfant pourraient être confiés, ainsi que le climat familial qu'ils fourniraient à l'enfant et les plans qu'ils ont faits pour son avenir;

d) la préférence de l'enfant, lorsque le tribunal le juge à propos, compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant;

e) les ressources et les besoins financiers de chacun des parents.

14. Le tribunal devrait pouvoir ordonner, s'il le juge à propos, que n'importe lesquels des pouvoirs conférés par la loi aux deux parents de l'enfant continuent à être exercés par l'un ou l'autre des parents.

15. Le Parlement devrait définir comme suit les facteurs que le tribunal devrait considérer en ce qui touche le soutien de l'enfant:

a) les besoins éducatifs et financiers de l'enfant;

b) l'état psychique et physique de l'enfant;

c) l'éducation et le niveau de vie dont l'enfant aurait joui si le mariage n'avait pas été dissous;

d) les revenus, la capacité à gagner, les biens et autres ressources financières de l'enfant; et

e) les ressources et besoins financiers de chacun des parents.

16. Les parents devraient continuer à avoir tous les deux une obligation envers le soutien de leurs enfants, obligation répartie entre eux selon leur capacité relative de contribuer, en fonction des ressources et des besoins financiers de chacun.

17. Le tribunal devrait pouvoir rendre une ordonnance de garde pour un enfant jusqu'à l'âge de 18 ans.

18. Le tribunal devrait pouvoir rendre une ordonnance de soutien pour un enfant jusqu'à l'âge de 18 ans.

19. Le tribunal devrait pouvoir rendre une ordonnance de soutien pour un enfant de plus de 18 ans afin d'assurer qu'il reçoive l'éducation ou la formation à laquelle il aurait pu raisonnablement s'attendre si le mariage n'avait pas été dissous. Dans ce cas, le tribunal devrait pouvoir imposer des conditions à l'enfant pour s'assurer que l'aide financière soit bien employée aux fins prévues.

20. Le tribunal devrait pouvoir rendre une ordonnance de soutien pour un enfant de plus de 18 ans si l'enfant est malade ou invalide et dépendant du soutien des parents et que ce soutien soit mis en danger par la dissolution du mariage.

21. Le Parlement devrait inscrire dans la loi le principe qu'un parent ne doit pas être préféré à l'autre en matière de garde à cause de son sexe.

22. On ne devrait pas considérer de conférer la garde à un tiers à moins que le tribunal, agissant d'office ou à la requête d'une autre personne, d'après des renseignements qu'il considère fiables, ne décide que les meilleurs intérêts des enfants semblent l'exiger. A la suite de cette décision, cette autre personne devrait être mise en cause.

23. Il faudrait accorder priorité dans la procédure de dissolution aux moyens employés pour aider les époux à se mettre d'accord sur les dispositions concernant les enfants.

24. Une audience de garde provisoire devrait être une audience complète sur le fonds, fondée sur les critères détaillés proposés pour la gouverne du tribunal dans la détermination des meilleurs intérêts de l'enfant.

25. Le tribunal devrait pouvoir rendre des ordonnances de garde et de soutien à l'égard:

a) d'un enfant du mari et de la femme né pendant le mariage;

b) d'un enfant du mari et de la femme né avant le mariage, que cet enfant ait été ou non légitimé par le mariage des parents;

c) d'un enfant adopté depuis la date du mariage par le mari et la femme, ou par l'un ou l'autre avec le consentement de l'autre; et

d) de tout enfant échappant aux catégories ci-dessus qui a été accepté et traité par les époux comme un enfant de la famille;

mais non à l'égard d'un enfant placé en foyer nourricier chez les époux par une agence gouvernementale ou privée.

26. A l'égard d'un enfant accepté et traité comme un enfant de la famille (catégorie ci-dessus):

a) l'effet des ordonnances quant à leur garde, leur entretien ou leur soutien devrait être expressément limité dans son application à la détermination des droits et obligations entre les parties dont le mariage est dissous; et

b) l'un ou l'autre des époux devrait pouvoir faire inclure comme partie à une décision judiciaire de soutien toute autre personne ayant avec l'enfant une relation qui implique l'obligation de soutien, et le tribunal devrait pouvoir répartir l'obligation de soutien de l'enfant entre les parties lorsqu'il le juge conforme aux meilleurs intérêts de l'enfant.

5. Conclusion

5.1 Plusieurs questions n'ont pas été traitées dans le présent rapport. La *Loi sur le divorce* est complexe et beaucoup de ses clauses de détail exigent une modification ou un aménagement. Nous avons fait des études sur la plupart de ces aspects de la loi, et nous espérons qu'elles seront utiles à ceux qui élaboreront une nouvelle législation de la famille et appliqueront de nouvelles politiques. Nous sommes certains, cependant, que le présent rapport en dit assez long sans entrer dans une analyse exhaustive de toutes les modifications possibles. Ceci est intentionnel. Pour employer un langage imagé, la fonction d'une commission de réforme du droit n'est pas tellement de tuer les alligators mais de drainer le marécage. Nous avons donc présenté une proposition de réforme fondamentale. Le présent rapport vise à présenter des alternatives claires en ce qui a trait aux objectifs fondamentaux du droit de la famille, à expliciter les valeurs qu'implique chaque choix et à dire pourquoi nous préférons une certaine ligne de conduite à d'autres. Une fois établis les fondements de la réforme législative, la plupart des questions de détail se résoudront d'elles-mêmes.

5.2 Il faut cependant souligner une exception. Nous voulons parler de l'exécution des obligations de soutien. Bien que cette question ne soit pas traitée dans le rapport, il s'agit d'une préoccupation fondamentale, non d'un détail. Un programme législatif fédéral immédiat ne pourrait amener d'amélioration notable. L'incapacité actuelle de la loi à faire exécuter ses ordres est

simplement la manifestation externe ou visible de l'échec de la politique juridique actuelle de la famille. La réforme de l'aspect exécution doit commencer par des modifications des concepts du droit de la famille, par exemple, la révision des fondements de l'obligation de soutien et de l'admissibilité au soutien, ainsi que par des changements de structure, comme la création de tribunaux de la famille. Tant que le droit de la famille ne sera pas fondé sur une politique rationnelle, et tant qu'on ne disposera pas des outils nécessaires pour la mettre en œuvre, l'exécution des obligations de soutien continuera à nous échapper, contrecarrée par des centaines de milliers de refus individuels de coopérer, même en face des mesures les plus draconiennes. Nous avons publié une étude sur l'exécution où ces questions sont traitées en détail. Dans le contexte juridique et institutionnel actuel du droit de la famille, cependant, la plupart des mesures concrètes prévues pour l'exécution des obligations de soutien ne seraient que de nouvelles façons de courir à l'échec.

5.3 Il est nécessaire d'expliciter un fait qui est implicite dans tout le travail fait sur le droit de la famille par nous et nos contreparties provinciales. La collaboration fédérale-provinciale sur une grande échelle est nécessaire à la pleine réalisation des avantages de la réforme du droit de la famille. Une coordination intergouvernementale permanente, portant à la fois sur les concepts et les détails de la réforme du droit de la famille est la seule voie qui puisse mener à la réalisation des objectifs communs à tous ceux qui s'intéressent à la question.

5.4 Enfin, nous aimerions souligner encore une fois que la famille est l'unité de base de la société, quelle que soit sa structure. Cette structure va continuer à se modifier, ce qui produira toujours des tensions. Il est important que les gouvernements fédéral et provinciaux agissent de concert pour créer à la fois de nouvelles institutions juridiques et une nouvelle philosophie fondamentale du droit de la famille, ce qui permettra de faire face aux problèmes importants, de nature juridique et sociale, qui se feront jour dans ce domaine.

Annexe

A. Collaborateurs

Nombre d'individus et d'organismes ont contribué à la réalisation de ce rapport. La Commission a procédé à l'analyse des nombreuses lettres et des mémoires qui lui ont été soumis et qui ont servi à la formulation de ses conclusions en la matière. Des tables-rondes ont permis de discuter de nos documents de travail avec plusieurs organismes, dont l'Institut Vanier de la famille, le Comité d'action nationale de l'Ontario pour le statut de la femme, le Conseil canadien de la femme et l'Église anglicane du Canada. Certains ministères, dont le ministère de la Justice, le ministère de la Santé et du Bien-être et Statistique Canada ont fourni un apport précieux et considérable à ces recherches.

La Commission tient donc à remercier tous ces collaborateurs. En outre, elle désire tout particulièrement exprimer ses remerciements à l'égard des anciens membres de la Commission ainsi qu'à l'égard de l'équipe dévouée de la section de recherche ayant œuvré sous la direction admirable de M. Julien Payne, Directeur de la section de recherche en droit de la famille.

Anciens Commissaires

Madame le juge Claire Barrette-Joncas
M. le doyen Martin L. Friedland
John D. McAlpine
M. le juge William F. Ryan

Collaborateurs et conseillers

B. Amren
M. le juge H. T. G. Andrews
Norman Bell
M. le juge T. R. Berger
Alain Bisson
M. le juge M. Bowker
Ernest Caparros
Denyse Fortin-Caron
Edith Deleury
H. de Mestier du Bourg
Madame le juge Claire L'Heureux-Dubé
David Farrell
Lee Ferrier
Henry H. Foster, jr.
Philippe Garigue
Roger Garneau
Gerry Gaughn
Richard Gosse
Dr Herman H. Hahlo
M. le juge E. Hall
Flora Hogarth
Glen Kealey
Monique Ouellette-Lauzon
Dr Saul Levine
Jack London
Peter Lown
Edithe MacDonald
James MacPherson
Dr Quentin Rae-Grant
Douglas Sanders
Iwan Saunders
M. le juge David M. Steinberg
M. le juge George Thomson

B. Publications

Ce rapport se fonde sur un grand nombre de documents de source interne et externe, lesquels sont consignés dans les dossiers de la Commission et figurent dans nos rapports annuels. Voici la liste de ceux qui ont été publiés et que l'on peut se procurer chez Information Canada:

Documents de travail

Le tribunal de la famille (n° 1-1974)
Les biens des époux (n° 8-1975)
Les divorcés et leur soutien (n° 12-1975)
Le divorce (n° 13-1975)

Documents de soutien

Études sur le droit des biens de la famille (1974)
Études sur le divorce (1976)